

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

CONTRIBUTION A L'HISTOIRE
DE LA PRÉSUMPTION DE PATERNITÉ

ÉTUDE DE DROIT HÉBRAÏQUE

ET

DE DROIT ROMAIN

THÈSE

POUR LE

DOCTORAT (ÈS SCIENCES JURIDIQUES)

PAR

PIERRE TISSET

Lauréat de la Faculté de Droit (Mentions).

PARIS

IMPRIMERIE GÉNÉRALE LAHURE

9, RUE DE FLEURUS, 9

1921

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

CONTRIBUTION A L'HISTOIRE
DE LA PRÉSUMPTION DE PATERNITÉ

ÉTUDE DE DROIT HÉBRAÏQUE

ET

DE DROIT ROMAIN

THÈSE

POUR LE

DOCTORAT (ÈS SCIENCES JURIDIQUES)

PAR

PIERRE TISSET

Lauréat de la Faculté de Droit (Mentions).



PARIS

IMPRIMERIE GÉNÉRALE LAHURE

9, RUE DE FLEURUS, 9

1921

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. VALERY, Doyen, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

MOYE, professeur de Droit international public, assesseur.

CHARMONT, professeur de Droit civil (en congé).

MORIN, professeur de Droit civil.

DONNEDIEU DE VABRES, professeur de Droit criminel.

BECQUE, professeur de Droit civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit administratif.

ROCHE-AGUSSOL, agrégé d'Économie politique.

BASTID, chargé de cours de Droit constitutionnel.

DIJOL, chargé de cours de Procédure.

VINCENT, chargé de cours de Droit romain.

BOSC, chargé de cours de Droit civil.

SURET, chargé de cours d'Économie politique.

GUENOUN, chargé de cours de Droit romain.

VIALLETON, chargé de cours de Droit civil.

VIGIE et BREMOND, doyens honoraires.

LABORDE, professeur honoraire.

CHAUSSE, professeur honoraire.

ROCHETTE, secrétaire.

MEMBRES DU JURY

MM. MORIN, *Président*.

VINCENT, chargé de cours	} <i>Membres.</i>
GUENOUN, chargé de cours	

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

AVANT-PROPOS

Le lecteur voudra bien ne pas chercher dans les pages qui vont suivre une œuvre harmonieusement composée et nettement arrêtée; nous connaissons trop les immenses et nombreuses lacunes que présente ce travail pour ne point insister sur son caractère fragmentaire. D'aucuns pourraient nous reprocher d'avoir mis au jour un hydrocéphale monstrueux dont l'étude de droit hébraïque pléthorique et débordante écrase quelque peu celle de droit romain, surtout dont la deuxième partie n'est point à comparer avec la première; nous pourrions répondre à la rigueur que, faisant le livre, nous avons le droit de le construire à notre gré, mais il n'y aurait là qu'un orgueil déplacé et menteur; la réalité des choses, plus simple, nous fournit une réplique autrement péremptoire : loin d'avoir mené l'œuvre, c'est bien plutôt l'œuvre qui nous a mené et notre sujet a été en fait notre maître¹.

Nous avons étudié les rapports de l'enfant et du père en droit romain et cela s'explique parfaitement parce que ce droit est encore, parmi les législations antiques, celui que nous pouvons le mieux atteindre et le mieux analyser; nous avons fait précéder cette étude de considérations assez longues

1. Nous avons préféré adopter le plan synthétique qui a créé cette disproportion entre les deux parties de notre étude à cause de sa clarté plus grande et de l'appui meilleur qu'il prête à l'exposé de nos conclusions.

sur le droit hébraïque, parce que, sans cependant tenir trop aux théories ethniques jadis et même encore en honneur, il nous a paru curieux d'analyser une législation sémitique, alors que d'autre part nous avons cru être en assez bonne posture pour le faire; nous avons insisté sur la civilisation hébraïque justement parce qu'elle est moins connue des juristes et nous avons dû par conséquent aborder quelques questions que nous n'avons même pas effleurées en droit romain.

Les rapprochements de droit comparé que nous avons opérés çà et là sont notablement imparfaits et insuffisants; notre excuse sera l'amplitude des régions à explorer, la masse des documents à dépouiller, la somme d'érudition à totaliser pour mener à bonne fin un tel travail. Nous avons fait le plus que nous avons pu, c'est-à-dire peu de chose. Nous prions que l'on se contente de voir ici une série de notations modestes; notre but serait atteint si nous avions seulement pu suggérer à de bons esprits d'intéressantes remarques.

Nous n'avons pas la sotte prétention de livrer au lecteur une œuvre entièrement originale; nous avons foulé sur beaucoup de points des sentiers déjà tracés¹; toutefois, si nous avions eu la conviction de n'avoir rédigé qu'une pure compilation, nous n'aurions point publié cet ouvrage. Sa valeur ne nous fait d'ailleurs point illusion et nous serions heureux d'avoir pu simplement inciter quelques chercheurs à mener leurs investigations sur un terrain que nous avons à peine et fort mal exploré nous-même, et à augmenter un patrimoine scientifique auquel nous n'avons apporté qu'une contribution qui est bien loin de nous satisfaire, si même elle peut être prise en considération.

Que M. l'abbé Louis Desnoyers, professeur d'Écriture Sainte à l'Institut Catholique de Toulouse, veuille bien trouver ici

1. Notamment le principe de l'autonomie de la volonté patriarcale a déjà été aperçu par MM. Labbé et Declareuil, le rôle de la présomption de paternité dans l'ancien droit romain par P. Gide.

l'expression de notre gratitude pour les éclaircissements qu'il nous a donnés. Que M. Henri Vincent, chargé de Cours à la Faculté de Droit de Montpellier, soit aussi vivement remercié pour les précieuses indications qu'il a eu l'obligeance de nous fournir. Nous tenons également à assurer de notre reconnaissance les personnes qui ont mis leur bibliothèque à notre disposition, spécialement MM. les abbés Barthélémy et A. Berger, et, plus généralement, tous ceux qui nous ont aidé dans nos travaux.

Enfin que M. le Professeur G. Morin nous permette de dire combien nous lui devons et d'affirmer que c'est grâce à lui et à son enseignement que nombre d'idées contenues dans cet ouvrage et cet ouvrage même ont pu s'élaborer et voir le jour.

Nous donnons ci-dessous le nom des auteurs et le titre des ouvrages généraux que nous avons cités ou utilisés à plusieurs reprises au cours de notre livre — avec, s'il y a lieu, les abréviations et les sigles par lesquels nous les avons désignés. Quant aux travaux que nous avons indiqués ou auxquels nous nous sommes référé en un point précis — ainsi d'ailleurs que pour les sources — leur trop grand nombre et leur spécialité nous ont incité à n'en point donner ici une liste assez considérable et peut-être sans trop d'utilité et à fournir au moment même où nous les citons les indications bibliographiques nécessaires.

DROIT HÉBRAÏQUE

A. CONDAMIN. *Babylone et la Bible* dans le *Dictionnaire apologétique de la foi catholique*, dirigé par A. d'Alès, 4^e édit., Paris, Beauchesne, fasc. II, 1909.

L. GAUTIER. *Introduction à l'Ancien Testament*, 2^e édit., Lauzanne Bridel 1914 (Paris, Fischbacher).

P. JAUSSEN. *Coutumes des Arabes au pays de Moab*, Paris, Lecoffre, 1908.

P. LAGRANGE. *Le livre des juges*, Paris, Lecoffre, 1905.

L. G. LÉVY. *La Famille dans l'antiquité israélite*, Paris, Alcan, 1904.

MANGENOT. *L'authenticité mosaïque du Pentateuque*, Paris, 1907.

RABBINOWICZ. *Législation criminelle du Talmud*, Paris, 1876. — *Législation civile du Talmud*, Paris, 1880-1886.

RENAN. *Histoire du peuple d'Israël*, 10^e édit., Paris, Calmann-Lévy, 1889.

J. TOUZARD. *Moïse et Josué* dans le *Dictionnaire apologétique* déjà cité, fasc. XV, 1919.

DROIT ROMAIN

ACCARIAS. *Précis de droit romain*, 5^e édit., Paris, Larose, 1882.

BLOCH. *La Pièbe romaine* dans la *Revue historique*, 1910.

CUQ. *Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1891.

DECLAREUIL. *Paternité et filiation légitimes* dans les *Mélanges* P. F. Girard, 1912, T. I.

Dictionnaire des antiquités grecques et romaines rédigé sous la direction de MM. Ch. Daremberg et Edm. Saglio, Paris, Hachette, 1877 et s. cité sous le sigle D. S.

ESMEIN. *La manus et le divorce* dans ses *Mélanges de droit romain*, Paris, Larose, 1886.

GIRARD. *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e édit. Paris, Rousseau, 1911. — *Textes de droit romain*, 4^e édit., Paris, Rousseau, 1913.

IHERING. *Histoire du développement du droit romain*, trad. de Meulenaere.

O. KARLOWA. *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1901. t. II, cité R. R. G. — *Die Formen der Römischen Ehe und Manus*, Bonn, 1868, cité *Formen*.

MARQUARDT. *Vie privée des romains* dans le *Manuel des antiquités romaines*, de Th. Mommsen et J. Marquardt, trad. Humbert, t. XIV et XV, Paris, Thorin, 1892-93.

PIGANIOL. *Essai sur les origines de Rome*, Paris, de Boccard, 1917, Bibliothèque des Ecoles Françaises d'Athènes et de Rome, fasc. 110.

H. PISSARD. *Les questions préjudicielles en droit romain*, Paris, Rousseau, 1907.

Nouvelle Revue historique de droit français et étranger citée N. R. H.

DROIT COMPARÉ ET SOCIOLOGIE

BRISAUD, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, Paris, Fontemoing, 1904.

Grande Encyclopédie. — *Inventaire raisonné des Sciences, des Lettres et des Arts*, Paris, Ladamirault, 1885-1905.

M. KOVALEWSKY. *Coutume contemporaine et loi ancienne*, Paris. Larose, 1895. — *Tableau des Origines et de l'évolution de la famille et de la propriété*, Stockholm, 1890.

WESTERMARCK, *Origine du mariage dans l'espèce humaine*, traduction H. de Varigny, 2^e édit., Paris, 1895. — Guillaumin, *Collection d'auteurs étrangers contemporains*, t. XI.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux pages.)

INTRODUCTION.	7
-----------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

De l'admission normale de l'enfant dans la famille par un acte de volonté du père.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

De l'absence de réglementation positive visant le lien de filiation paternelle dans les civilisations hébraïque et romaine	11
---	----

CHAPITRE PREMIER. — **Le droit hébraïque.**

Principe général. — Les Documents.	15
§ 1. — Les enfants nés d'un père esclave. — Les enfants nés d'un esclave quelconque. — D'un esclave israélite	21
§ 2. — Les enfants nés d'une esclave ou d'une femme de rang social inférieur et d'un Israélite libre.	24
Le concubinat servile : les concubines sont des épouses régulières. Elles diffèrent des épouses de premier rang.	26
Ce sont des esclaves acquises par leur époux et maître	28
L'évolution du concubinat servile	34
Les fils des concubines	39
§ 3. — Les enfants nés de deux Israélites libres et d'égale condition.	41
Le mariage par achat.	42
Le <i>mohar</i>	46
Son évolution	50
Son taux	51
La puissance maritale. Son évolution.	52
La femme Juive dans la famille.	56
La puissance paternelle. Le <i>mohar</i> , le <i>jus vitæ necisque</i>	57

L'expositio, la vente des enfants par le père	60
Le respect dû au père par les enfants	65
L'obéissance	64
Le droit d'aînesse et son évolution	66
Le droit d'ultimogéniture	71
Le lien de filiation paternelle en cas de répudiation ou de veuvage de la mère	74
Le délai de viduité	75
L'absence du mari	76
Le lien de filiation paternelle se marque dans le nom de l'enfant	78
Les généalogies	79
Leur valeur juridique et la recherche de la paternité Cette recherche est impossible en droit hébraïque	80
L'utilité des généalogies. Absence de toute présomption de paternité s'imposant au père et de présomption sur le délai de gestation	84
§ 4. — Le <i>Mamzer</i>	85
Signification de ce terme : il désigne tout enfant issu d'une union illicite	85
Les déchéances dont le <i>mamzer</i> est frappé	88
Les <i>Mamzerim</i> dans la Bible : Jephthé	90
§ 5. — Les enfants nés d'une Israélite et d'un étranger	95
D'un Israélite et d'une étrangère	97

CHAPITRE II. — L'ancien droit romain.

§ 1. — L'enfant issu d'une union légitime	100
Quelles sont les unions légitimes? le mariage avec ou sans <i>manus</i>	101
La théorie de M. ESMEIN. Analyse des textes et critique	104
Le mariage avec <i>manus</i> : la <i>Confarreatio</i>	119
La <i>Coomtio</i>	122
L' <i>Usus</i>	124
La <i>manus</i> et le mariage sont indépendants l'un de l'autre	127
Le père peut <i>suscipere filium</i> ; l'expositio, l'avortement	129
Le sort de l'enfant exposé	150
L'acceptation de l'enfant par le père qui <i>filium suscipit</i> ; la <i>lustratio</i> , les ἀμφιδρόμια	152
Les actions auxquelles pouvait donner lieu le lien de paternité : <i>Legis actio per sacramentum</i>	155
<i>Cognitio extraordinaria et interdicta</i>	157
Le <i>præjudicium</i>	158
La présomption de paternité	159
La présomption sur le délai de gestation	141
APPENDICE. — Droit ossète	144
Droit hindou (d'après les lois de Manou)	148
Droit germanique	151
§ 2. — L'enfant issu d'une union illégitime	152
Les mariages patricio-plébéiens avant la loi Canuleia	155
Le concubinat	156
Il n'est soumis à aucune condition de formation	158
Il ne porte pas d'effets juridiques	159
La situation de l'enfant naturel vis-à-vis de ses père et mère	160

APPENDICE GÉNÉRAL. — Des fictions de paternité.

L'adoption en droit romain.	165
L'adoption en droit grec.	167
Les fictions de paternité se rapprochant de l'adoption chez les Hindous et les Ossètes	169
Le lévirat israélite. Son évolution.	171
Le lévirat hindou et ossétien.	176
La cause profonde du lévirat.	177
L'épiclérie grecque	178

DEUXIÈME PARTIE

L'admission de l'enfant dans la famille n'est plus décidée par le libre jeu de la volonté paternelle qui à une époque de l'évolution juridique romaine se voit enlever son autonomie.

§ 1. — Les enfants issus d'une union légitime	180
Les Sénatusconsultes Plancien et <i>tempore Hadriani factum</i>	181
Leur but : résoudre la question même de filiation.	185
Leur interprétation par les prudents.	184
Ils ne servent plus qu'à obliger le mari à une prestation alimentaire.	186
Comment seront tranchées les questions de filiation? Le <i>præjudicium de partu agnoscendo</i>	187
Ce <i>præjudicium</i> était distinct de la procédure des Sénatusconsultes	188
La fusion du <i>præjudicium</i> et de l' <i>agere ex SCis</i> par les compilateurs du Digeste.	189
Le <i>præjudicium</i> à l'époque classique : son fonctionnement	190
Le désaveu, la contestation de légitimité	195
Les preuves en matière de filiation ; les <i>professiones natales</i>	194
Les déclarations obligatoires de naissance.	196
La force probante des <i>professiones</i>	197
Les interdicts de <i>lib. exhib. et duc.</i> , la <i>vindictio filii</i> , la <i>cognitio praetoria</i>	200
L'autorité de la chose jugée	201
On ne peut contester l'état d'une personne décédée — L'édit carbonien	205
§ 2. — Les enfants issus d'une union illégitime Le concubinat sous les empereurs chrétiens	204
Les enfants <i>ex damnato coitu</i> , — Les <i>vulgo quaesiti</i> et les <i>liberi naturales</i> vis-à-vis de leur mère et vis-à-vis de leur père.	205
Le droit héréditaire propre des <i>fili ex concubinato</i>	206

CONCLUSION

Aperçu général sur l'évolution du droit romain dans ses dispositions visant la filiation	208
<i>Le droit canonique.</i>	
La présomption de paternité dans la famille légitime	211
En matière de filiation naturelle	215
L'autorité de la chose jugée	214
La source de la présomption de paternité.	215
<i>La doctrine des « Coutumes de Beauvaisis »</i>	
Le délai de gestation	216
La présomption de paternité; ses fins de non-recevoir.	217
Les <i>fili ex concubinato</i> dans l'ancien droit Français	219
L'autorité de la chose jugée	220
<i>La doctrine et la jurisprudence aux environs du XVIII^e siècle : d'Espeisses et Ferrière</i>	
Le délai de gestation	221
La présomption de paternité; ses fins de non-recevoir, d'après d'Espeisses.	222
La théorie de Ferrière.	225
<i>Le Code Civil.</i>	224
Sa transformation; la réforme de l'art. 340.	226
Le nouvel article 340.	227
 La paternité plurale	229
Le rôle général de la présomption de paternité	250

Lorsqu'un enfant vient au monde, sa mère est normalement déterminée par le fait même de l'accouchement; mais l'œuvre du père dans la génération est mystérieuse, elle n'est point marquée par un phénomène externe et facilement appréhensible; on sait que la loi française, parmi d'autres législations, admet à l'heure actuelle une double présomption pour déterminer le père; tout d'abord, fixant la durée normale de la grossesse, elle délimite le temps pendant lequel l'enfant a dû être conçu; ensuite, s'élevant de cette donnée nouvelle à une autre conclusion, elle désigne pour père l'homme qui a eu des relations suivies avec la mère au temps de la conception. Dans notre droit cette détermination du père est très importante, puisqu'elle est un des éléments de la légitimité et que la filiation naturelle elle-même produit de graves effets du point de vue familial.

Mais en a-t-il toujours été ainsi? Les civilisations antiques ont-elles admis ce système de présomptions?

Certaines civilisations n'ont peut-être jamais tenu compte de la paternité physiologique et n'ont connu que la filiation en ligne maternelle simplement; la parenté, a-t-on soutenu, ne s'établissait chez ces peuples que par les femmes¹. D'après Mac-Lennan, le seul motif profond qui ait pu empêcher pendant longtemps la reconnaissance de la parenté par les hommes est le manque de certitude en matière de paternité. Sir H. Maine dit d'ailleurs que la paternité est une affaire d'induction par rapport à la maternité qui est une affaire d'observation; elle n'a donc pu être reconnue qu'après la

1. Ce qui ne veut point dire d'ailleurs que ces peuples aient connu une gynécocratie.

maternité. Le passage du matriarcat au patriarcat se serait effectué lentement par une série de transitions plus ou moins complexes et sous l'influence des conditions économiques. Les pasteurs et les laboureurs voient plus facilement se développer parmi eux la vie de ménage; la femme reste auprès du mari et les enfants auprès de leur père; l'exploitation de la propriété familiale développe encore la notion de famille et la rend plus exclusive; un jour on en arrivera à reconnaître au père une *potestas* absolue et de là on affirmera qu'il joue un rôle prépondérant dans la génération.

D'après Westermarek, au contraire, la famille comprenant père, mère, et progéniture est une « institution universelle, qu'elle soit fondée sur un mariage monogame, polygame ou polyandre »¹. Quant au mariage, il est « une union plus ou moins durable entre le mâle et la femelle, union qui dure au delà de l'acte de reproduction et de la naissance de la progéniture »²; cette union est nécessitée par la conservation de l'espèce. « C'est pour l'avantage des jeunes que le mâle et la femelle continuent à vivre ensemble. Le mariage a donc sa racine dans la famille plutôt que la famille n'a la sienne dans le mariage. »³.

Le régime matriarcal a-t-il jamais véritablement existé? Cela peut se soutenir; l'on trouve, en effet, chez quelques peuplades de civilisation arriérée et demeurées encore en quelque sens à l'état sauvage, une organisation des parentèles qui est l'indice de l'état matriarcal. Nous ne nous proposons d'ailleurs pas d'aborder ce problème; dans les textes que nous allons examiner nous trouverons une organisation patriarcale incontestable; seules çà et là quelques traces de matriarcat jadis existant peut-être pourront être retrouvées; nous les signalerons au passage, sans essayer cependant d'en tirer de

1. *Origine du Mariage*, p. 16.

2. *Ibid.*, p. 20.

3. *Ibid.*, p. 25. « Il y a aussi beaucoup de peuples chez qui la vie conjugale ne commence pas avant la naissance d'un enfant. » Par ex. chez les Khyens, les Ainos du Yéso et une des tribus aborigènes de la Chine, chez les Bédouins du Mont Sinai, etc.

précises conclusions historiques¹; nous ne croyons pas qu'en l'état de nos documents il soit possible d'arriver à formuler autre chose que de vagues indications ou même de ne pas se borner à relever les faits cruciaux, si l'on a la fortune d'en rencontrer, sans s'élever encore jusqu'à une synthèse audacieuse. Nous prions donc le lecteur de ne point s'étonner s'il ne trouve rien ici qui puisse éclairer beaucoup la question.

Envisageant spécialement le droit romain, nous croyons pouvoir dégager dans son évolution deux stades assez diversifiés du point de vue de la filiation paternelle, mais le droit hébraïque ne nous paraît pas présenter une semblable transformation. Nous étudierons donc, prenant le droit romain comme base, pour l'établissement de notre plan :

I. — L'admission de l'enfant dans la famille par un acte de volonté du père; à ce sujet, nous examinerons d'abord le droit hébraïque, puis l'ancien droit romain.

D'autre part, la volonté patriarcale peut simplement sanctionner un fait naturel, ou bien elle peut suppléer à la nature et se créer une postérité par le jeu d'une *fiction de paternité*. A ce moment déjà la loi ou la coutume interviennent pour suppléer en certains cas à la volonté paternelle défaillante, quand la nature n'a elle-même donné au père aucune postérité. L'analyse des fictions de paternité constituera une sorte d'appendice général à notre première partie.

II. — Dans une seconde période du droit romain, l'admission de l'enfant dans la famille est réglementée par la loi et la volonté paternelle se voit enlever son autonomie; nous étudierons ces règles nouvelles et leur application dans les faits.

Enfin, et par manière de conclusion, nous essaierons de suivre l'évolution juridique jusqu'au droit français actuel.

1. Peut-être à certains endroits verrons-nous un simple patriarcat là où d'autres ont voulu apercevoir l'indice sérieux d'un matriarcat développé.

PREMIÈRE PARTIE

De l'admission normale de l'enfant dans la famille par un acte de volonté du père.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Dans les civilisations antiques qui se présentent à notre examen, un fait remarquable nous frappe dès l'abord : nous ne trouvons pas dans les documents en notre possession concernant les époques les plus reculées de construction juridique positive réglementant l'admission de l'enfant dans la famille, nous voulons dire que, hors de cette règle coutumière tacitement admise (qui doit faire l'objet de nos chap. 1 et 2), d'après laquelle l'enfant est rattaché, appartient à celui qui a puissance sur la femme et qui, par un acte de volonté, l'accepte dans la famille, nous ne trouvons rien qui soit relatif à une présomption, à un mode de preuve quelconque de paternité, rien qui ressemble à une action en désaveu organisée juridiquement ; la littérature pendant une assez longue période ne nous renseigne guère à ce sujet, et ce n'est qu'à une date assez basse, extrêmement variable suivant les peuples et les pays, que nous rencontrons des textes susceptibles de nous renseigner. Les Lois de l'État, lorsque celui-ci fut formé, ont laissé ces questions en dehors d'elles ; leur empire cesse au seuil de la Maison Paternelle ; c'est seulement après une évolution lente et tardive qu'elles ont étendu leur domaine et imposé en certains cas l'enfant au Père ¹.

1. L'État réglementa d'abord le *status familiæ* et ne s'occupa de l'admission de l'enfant dans la famille qu'en tout dernier lieu. — V. Declarcuil, *op. cit.*, p. 515.

On pourrait invoquer contre notre assertion la « *lex regia* » attribuée par Denys d'Halicarnasse à Romulus, d'après laquelle le père doit, sous menace de peines graves, élever tous ses enfants mâles et les plus âgées parmi ses filles¹; mais, outre qu'il s'agit ici d'une limitation aux droits de puissance paternelle et non, à proprement parler, de la formation d'un lien entre le père et l'enfant, quel fond peut-on faire sur ces « *leges regiae* » dont l'authenticité est loin d'être établie? Au surplus, les prescriptions que rapporte Denys sont demeurées vaines : jusque sous l'Empire, en effet, le père a eu toute latitude pour faire avorter sa femme², il peut faire exposer l'enfant uniquement parce qu'il y a des dissensions dans le ménage³. Il faut cependant apporter une réserve à la proposition que nous soutenons : la Loi émanant d'un pouvoir public est intervenue assez tôt dans les questions de filiation en un cas qui n'est pas celui qui nous occupe présentement : lors de l'admission d'un enfant dans l'agrégat familial par l'effet d'une fiction⁴; il est à croire que l'hypothèse d'une filiation anormale, comme dans le lévirat, l'épiclérie ou l'adoption, a été tout particulièrement un point de cristallisation pour les principes juridiques positifs : nous voulons dire que les rapports normaux entre le père et l'enfant pouvaient rester et sont d'ailleurs longtemps restés dans un pur état de fait; au contraire, au cas de filiation fictive, car ici non seulement les contestations auront été plus fréquentes, mais, par le fait même que cette filiation tirait sa

1. Denys, II, 15. — Nous trouvons aussi dans Tertullien, *Adv. Nat.*, I, 15: *Vos quoque infanticidæ qui infantes editos enecantes, legibus quidem prohibemini.* — Les *leges* dont il est ici question sont-elles vraiment les XII Tables? Cela n'apparaît point de façon évidente, mais il est certain d'autre part que ces lois étaient, au temps même de Tertullien et suivant ses propres affirmations, ouvertement violées (au reste les textes abondent sur ce point). La seule disposition authentique des XII Tables visant l'infanticide est rapportée par Cicéron : *de lege* III, 8, 19. *Cito necatus tanquam ex XII Tabulis insignis ad deformitatem puer.* L'Etat avait un intérêt religieux à faire disparaître les monstres, Cf. Liv. XXVII, 37. Voir aussi Sen. *de Ira*, I, 15.

2. Ulpien l. 8D. 48, 8. Marc., l. 4D. 48, II.

3. Suet., *de Grammat.*, 21. *Melissus, Spoleti natus, ingenuus, sed ob discordiam parentum expositus....*

4. Ce sera l'objet d'une autre partie de notre étude.

cause d'une fiction, il aura fallu poser cette dernière, l'énoncer et, par là, formuler une règle juridique qui sera ensuite passée dans la coutume et de là dans la Loi, avant même peut-être qu'une construction juridique ait été élaborée visant la filiation normale¹.

A quoi tient donc cette absence de réglementation positive ? La constitution de la famille dans la haute antiquité aryenne et sémitique, telle que nous la connaissons, ne permet guère d'apercevoir l'utilité de règles définies concernant la filiation légitime : la famille, formée sur le type patriarcal, est composée au gré de son chef qui accepte ou rejette les enfants nés de sa ou de ses femmes selon sa volonté². Le *pater*, a-t-on dit depuis longtemps, n'a que des droits vis-à-vis de ses fils : il ne saurait être question pour ceux-ci d'introduire, pour ainsi parler, une action en réclamation d'état et de demander à être admis dans un groupe qui ne les veut point recevoir ; une contestation d'état dans laquelle la question de filiation serait posée est également impossible ; le *pater* seul pouvait dénier que l'enfant fût dé ses descendants légitimes et point n'était besoin dans ce cas d'une longue procédure : il lui était facile de le faire exposer.

Ce n'était qu'au cas de compétition entre deux *patres* qu'une action pouvait être organisée ; en droit romain tout au moins, lorsqu'un enfant de famille se trouvait au pouvoir d'un autre homme, son *pater* pouvait le revendiquer comme il eût revendiqué un esclave ou une chose qui aurait été sa propriété³, ou bien il pouvait demander au Préteur la délivrance

1. Nous ne trouvons, en fait de construction juridique visant la filiation normale, aucune règle positivement formulée dans les plus anciens documents que nous possédions, mais seulement l'usage continu — marqué par ex. dans les narrations historiques — de rattacher le fils à celui qui a puissance sur la femme.

2. V. l'acte de *tollere, suscipere filium et l'expositio* ; V. aussi l'émancipation.

3. Gaius I, 139. Ulpien l. I §5D de R. V. 6, l. — V. d'ailleurs Ihering, *Histoire du développement du Droit Romain* p. 92 et seqq. cf. à ce sujet O. Karlowa R. R. G., t. II, p. 99 : « Eine Form in welcher der Streit über das Bestehen der *patria potestas* direkt zwischen Vater und Kind selbst zum Austragen gebracht wurde, entsprechend den späteren *actiones præiudiciales*, wird es zur Zeit der *legis actiones* schwerlich gegeben haben : es gab für den Vater damals keinen andern Weg, seine Gewalt zu behaupten als den der Vindikation und

d'un *interdictum de liberis exhibendis* suivi d'un *interdictum de liberis ducendis*¹ ; mais avant l'institution de la *reivindicatio* et l'apparition postérieure des interdits, la constitution fragmentaire de la Société Romaine d'avant les XII Tables, où chaque famille formait un tout indépendant et isolé politiquement et territorialement², devait rendre bien rares de pareilles éventualités ; de plus ce qui était discuté dans ces divers cas c'était non tant la question de filiation que la question de puissance : il s'agissait de savoir si tel enfant faisait partie de telle famille, c'est-à-dire le plus souvent quelle était sa situation de fait et sa possession d'état et non d'appliquer une présomption *Pater is est* alors inexistante, de contrôler l'application de règles juridiques non formulées fixant les rapports de l'enfant et du père.

On conçoit donc, étant donné surtout que tout droit primitif a eu pour objet immédiat sa réalisation³, qu'il n'ait point été posé de principes abstraits que les besoins impérieux de la pratique n'eussent exigés : les questions de filiation recevant une solution dans le sein même de la famille selon le bon vouloir de son chef, aucune règle juridique positive ne fut formulée ; bien plus, nous ne trouvons dans les documents historiques que très peu de précisions sur ce point.

Il est certain d'ailleurs que l'exercice par le *Paterfamilias* de son pouvoir de décision sur le sort de l'enfant était soumis au contrôle du conseil des proches et de l'opinion publique, si nous osons ainsi nous exprimer — à Rome, du Censeur. C'était, peut-être, là un contrôle très efficace, mais sans règles fixes, se déterminant par des raisons de convenance et de bonnes mœurs assez flottantes et non par de fixes motifs juridiques : ce qui explique assez bien que rien ne nous en soit parvenu.

dieser gegenüber kann nur ein Dritter nicht das Kind selbst als Prozesspartei auftreten. Möglich ist aber dass dieser Dritte der Vindikation des Klägers nicht die Behauptung eines eignen Rechts über das Kind, sondern bloss die Behauptung dass dasselbe *sui iuris* sei, entgegensetzen konnte. »

1. Ulp. D. 43, 30. — Il pouvait même avoir un *actio furti*. V. Gaius III, 419.

2. Comme dans toutes les antiques sociétés patriarcales.

3. Ce qui explique la forme de manuel de procédure et l'ordonnance des Codes primitifs : par exemple, les XII Tables, la Loi Salique et le Senchus Mor.

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT HÉBRAÏQUE

Les principes généraux que l'on peut poser quant aux rapports de l'enfant et du groupement familial dans les civilisations que nous allons étudier sont : d'abord que l'enfant appartient au seigneur de la mère, qu'il entre dans l'agrégat dont fait partie celui qui a droit sur sa mère, mais surtout qu'il entre dans la famille où son père a bien voulu l'admettre, la norme souveraine résidant en effet dans la volonté du chef de famille.

Si nous considérons tout d'abord quelques-uns des anciens peuples sémitiques, nous rencontrerons dans ces civilisations de nombreuses applications de ces principes. En parcourant la Bible nous en verrons de nombreux exemples. Il est, du reste, assez difficile de dégager de ces textes un principe absolument général ; il y a en eux une certaine confusion ; aussi bien avant d'aborder une analyse directe des documents, sied-il, à notre sens, d'examiner aussi brièvement que possible, car nous n'avons pas l'intention d'écrire une « Introduction à l'Ancien Testament », la question si débattue¹ de leur authenticité ou, plus exactement, de notre point de vue, de leur historicité.

Pour le Pentateuque, pour les cinq livres de Moïse : *Genèse*, *Exode*, *Lévitique*, *Nombres* et *Deutéronome*, deux sens, deux courants généraux de l'exégèse peuvent être déterminés : d'un

1. Au moins pour le *Pentateuque*.

côté, nous voyons les tenants de l'authenticité mosaïque pour qui le Grand Prophète est bien l'auteur *in globo* des cinq livres que la tradition lui attribue, ce qui n'exclut d'ailleurs pas la possibilité de retouches postérieures plus ou moins considérables ni la distinction de divers documents originaux¹; d'autre part, nous rencontrons les rationalistes pour qui aucun des documents du Pentateuque (ni de *Josué*) ne remonte au temps qu'il raconte; tous reposent sur la tradition orale d'origine populaire, prenant naissance autour d'un souvenir local, de caractère épisodique et fragmentaire. Remontant à des dates différentes, ces traditions portent l'empreinte du milieu intellectuel, moral, religieux de ces différentes époques : par là s'expliquent tant de différences de forme, les niveaux des conceptions théologiques, les *variantes* proprement dites². « Nous avons affaire dans le Pentateuque à des sources d'époques et de tendances différentes, toutes rédigées longtemps après les événements qu'elles racontent; même les plus anciennes ne peuvent fournir que des témoignages déjà lointains. Entre elles d'une part et les faits qu'elles rapportent, il faut statuer (*sic*) une transmission des récits par voie orale, sans exclure la possibilité de documentations écrites partielles ou occasionnelles. Le problème est donc celui-ci : que vaut la tradition orale?³ » Pour nous, nous l'avouerons, la tradition orale est loin d'être dénuée de valeur; les méthodes d'enseignement des antiquités celtique et hindoue, des druides

1. D'après la théorie des secrétaires, admise par la Commission biblique dans son décret du 27 juin 1906. Suivant en cela d'illustres exemples, nous n'avons pas cru que la théopneustie, que nous reconnaissons aux textes, nous empêche de les analyser et de les critiquer scientifiquement : nous avons d'ailleurs pensé qu'il convenait justement, pour atteindre le but scientifique que nous nous sommes assigné, de signaler les théories rationalistes, qui ne sont point toutes inconciliables avec la plus saine orthodoxie, ni avec le décret précité devant lequel nous nous inclinons. Nous avons délimité quelquefois de la manière la plus stricte le terrain sur lequel nous nous plaçons afin de rendre nos conclusions moins discutées et plus assurées pour certains esprits, sans entendre pour cela acquiescer aux théories d'exégèse textuelle que nous exposons.

2. Touzard, *Moïse et Josué*, § 52, dans le *Dictionnaire apologétique*, fasc. XV, col. 712.

3. L. Gautier, *Introduction*, t. I, § 71, p. 144.

et des brahmanes nous prouvent dans ces vieilles civilisations un développement et une intensité des facultés mémoratives dont nous n'avons aujourd'hui qu'une bien faible idée; il est même possible que cette tradition orale ait contribué à fixer le récit qu'on se transmettait, et qu'en fait, avant la rédaction des documents (qu'on les distingue ou non en J. E. D. P.), une cristallisation du récit ait déjà eu lieu, fixation qui eût servi de base et de type à la rédaction : les documents en notre possession, même en admettant les théories rationalistes, seraient donc par là bien rapprochés des événements qu'ils exposent et nous trouverions en eux une base plus sûre pour notre investigation¹. Mais évidemment « il est aisé de comprendre que toute solution simpliste est inadmissible;... les données (des plus anciens documents) peuvent être conformes aux faits; elles peuvent aussi être dues à l'imagination populaire; le plus probable est qu'elles renferment à la fois des éléments de l'une et de l'autre sorte; en d'autres termes que, sur la base des faits réels, la tradition a construit des récits ornés de vives couleurs et inspirés, en partie tout au moins, par les sentiments et les préoccupations de ceux qui se les transmettaient. La sincérité et la bonne foi de J et E² sont hors de question : ils ont collectionné et groupé les traditions... avec conscience et fidélité. Naturellement, tout historien d'Israël devra soumettre leurs narrations à un examen détaillé et chercher à extraire les éléments vraiment anciens, les données primitives en les dégageant du revêtement que plusieurs siècles leur ont imposé³. »

Cette analyse sera particulièrement délicate jusqu'aux temps mosaïques pour toute la période antédiluvienne et même

1. Rappelons-nous, en effet, que « ce qu'il faut surtout condamner, c'est la méthode qui prétend dater l'origine d'un morceau en s'appuyant uniquement sur la recension la plus basse. L'antiquité du morceau doit être jugée d'après l'ensemble. Si on en conclut à une haute antiquité, il sera d'autant plus vraisemblable qu'il a été retouché, soit par des scribes qui s'y sont crus autorisés, soit par des copistes » (R. P. Lagrange, *Le Livre des Juges*, p. 105-106).

2. Ces sigles désignent les deux plus anciennes rédactions que l'on s'accorde en général à reconnaître.

3. L. Gautier, *op. cit.*, p. 144.

l'époque patriarcale. « Il importe... de rechercher dans quelle mesure il faut employer... le procédé de l'interprétation dite ethnique. Les personnages mis en scène sont parfois non pas des individus, mais des personnifications de races, de tribus ou de peuplades; le c. X. de la *Genèse* est là pour l'attester. Mais jusqu'où cette explication doit-elle être étendue?... C'est là ce que peut seule démêler une étude attentive et minutieuse de chaque cas particulier¹. » Aussi aurons-nous soin, tout en ne partageant pas les théories rationalistes, d'indiquer, chaque fois que besoin nous semblera, le fond que nous croirons devoir faire sur le document que nous étudierons et la date à lui assignée²; ces deux points nous seront en effet nécessaires pour une étude que nous voudrions réellement scientifique.

1. Gautier, *op. cit.*, p. 145.

2. Nous signalons à ce propos que, tant sur la répartition des textes parmi les divers documents que sur la date de ces documents, une confusion assez intense règne parmi les rationalistes. Quoi qu'il en soit, on peut dire qu'ils s'accordent en général à distinguer dans le *Pentateuque* et *Josué* (c'est-à-dire dans un « Hexateuque », cf Wellhausen, *Hexateuch*, dans l'*Encyclopædia Biblica*, 1901), deux documents principalement historiques : l'un nommé Yahviste (J), l'autre Elohiste (E), d'après le nom divin qu'ils emploient. Ces deux documents auraient été réunis en une seule rédaction (JE) par un personnage désigné sous le signe Rje qui a le plus souvent écrit J et E l'un dans l'autre, mais parfois ajouté des passages de son crû. En sus de J et E, un autre document à la fois législatif et historique fournit la matière du *Deutéronome*, c'est le Deutéronomiste (D); il est intégré au document général J E qui a été d'ailleurs révisé par le rédacteur deutéronomistique (Rd). Enfin arrive un quatrième élément d'esprit religieux : le Code sacerdotal; on y pressent le développement du judaïsme. Comme pour D, ses parties historiques et même quelques-unes de ses parties législatives proviennent de J et de E. On le désigne sous le sigle P (du mot *Priesterkodex*). Il est uni aux éléments déjà existants des livres sacrés par un rédacteur qui opère une nouvelle révision (Rp). Le *Pentateuque* est achevé au début du IV^e siècle av. J.-C. Nous ne donnons ici que le schéma d'un résumé — chaque document aurait d'ailleurs eu de multiples rédactions; — nous indiquerons chaque fois que nous le croirons utile la classification parmi les documents du texte que nous étudierons et sa date. Nous suivrons, pour l'exposé de la théorie rationaliste, M. Steuernagel, *Lehrbuch der Einleitung in das alte Testament**; M. Mangenot, *L'authenticité mosaïque du Pentateuque*; M. Touzard, dans son article déjà cité, et M. L. Gautier, *op. cit.* Nous prions d'ailleurs le lecteur de retenir ce fait très important dans notre étude : les dispositions légales que contiennent le Yahviste et l'Elohiste (c'est-à-dire *Ex.* XXXIV J et XX-XXIII E) « se révèlent comme n'ayant pas un caractère primaire, mais se composant d'un certain nombre de groupements qui présupposent des codifications antérieures. Et encore, avant ces recueils aujourd'hui dis-

* D'après M. Touzard dans son article déjà cité.

Du point de vue de l'intégrité des documents les plus anciens et des retouches postérieures, notre situation de juriste est meilleure peut-être que celle du pur historien : en effet, tandis que celui-ci doit s'attacher à la matérialité même des faits relatés par le *Pentateuque*, cette matérialité ne nous intéresse ici que dans la mesure assez variable où elle impliquera l'existence de principes de droit, or il arrivera parfois que cette part assez mince aura pu échapper au calame du reviseur : attentif au sens apologétique du morceau, il passera sans trop s'attarder sur les parties proprement juridiques, sauf sur celles qui lui paraîtront parfaitement incompréhensibles. Cela expliqué, parmi bien d'autres facteurs, que les morceaux législatifs de la Bible nous soient parvenus dans un état de conservation relativement satisfaisant ; cela rend compte, dans une mesure assez faible d'ailleurs, de la persistance dans le Livre Sacré de lois très anciennes contredites par de nouvelles décisions du législateur. Et ne pourrait-on soutenir qu'alors même que la matérialité des faits ne paraîtrait pas établie à certains esprits, la légende, si légende il y a, nous présentera cependant encore un champ d'investigations ? Ne pourrions-nous y chercher le reflet de concepts juridiques très divers qui pourront être ceux du peuple à l'époque où les éléments de la légende ont pris corps, comme aussi bien ceux du dernier

parus de lois écrites primitives, il faut admettre l'existence d'un droit coutumier oral, traditionnel, qui s'est perpétué au travers de maintes générations avant d'être codifié et fixé de façon définitive. Les portions législatives de J ou de E ne sont ni le reflet immédiat des premières mesures légales adoptées par les Hébreux, ni même la première rédaction de lois écrites, mais déjà le résultat d'un travail de... perfectionnement.... Il est impossible de déterminer l'époque où ces principes généraux ont pris naissance. On ne peut pas davantage préciser le moment où le droit oral a été pour la première fois codifié par l'écriture, ni discerner par quelles rédactions successives ont passé les lois finalement incorporées dans les deux plus anciens documents du *Pentateuque* ». Il sied en effet de signaler qu'au sentiment même d'un des plus sérieux critiques de gauche « quant au fond, cette législation est manifestement fort ancienne : quant à la forme, il est impossible de se prononcer d'une façon sûre. Certaines prescriptions... peuvent avoir été formulées avant l'époque mosaïque, d'autres à cette époque même, d'autres plus tard encore, et le travail de retouches et de remaniements n'a probablement pas cessé de se poursuivre jusqu'au moment de la rédaction finale de nos sources. » (L. Gautier, *op. cit.*, pp. 85-86.)

reviseur? Tout cela ne simplifiera certes pas le problème à résoudre, puisqu'au contraire le nombre des inconnues sera singulièrement augmenté; malgré tout, cela nous promet un certain résultat, bien instable, bien provisoire peut-être, mais suffisant pour que nous nous livrions aux recherches qui font l'objet de cette étude.

Les remarques précédentes peuvent, *mutatis mutandis*, s'appliquer, à quelques réserves près, aux autres livres bibliques. De nombreux critiques admettent que les livres historiques et prophétiques sont beaucoup plus près des faits qu'ils rapportent; mais les questions d'authenticité et d'historicité se posent à nouveau, bien qu'apparaissant peut-être sous un aspect différent; il reste toujours à établir l'intégrité des textes et les retouches qu'ils peuvent avoir subies; nous les indiquerons avec la date et la critique générale du passage quand il nous paraîtra utile de le faire¹.

Nous nous proposons donc, sans nous interdire d'assez nombreux rapprochements avec quelques autres civilisations sémitiques, en puisant au contraire assez largement dans le Code de Hammurabi et dans le Coran², d'examiner la situation

1. Dans les *Juges*, on peut retrouver sinon les mêmes documents que dans le *Pentateuque*, du moins un J et un E présentant avec les J et E du *Pentateuque* une « indiscutable parenté intellectuelle », un Rd et un Rp; il y eut probablement une école yahwiste et une école élohiste (v. Lagrange, *op. cit.* Introduction). Dans les livres historiques proprement dits I-II *Sam.*, I-II *Reg.*, I-II *Chron.*, la question des sources se pose ainsi que la question de la rédaction et de sa date; nous y répondrons, s'il y a lieu, au cours même de l'analyse des textes; il en sera de même pour les autres passages bibliques que nous pourrions citer. Nous renverrons également à divers passages du *Talmud*; on sait que ces recueils de sentences et d'enseignements d'école, commencés vers la fin du 1^{er} siècle ap. J.-C. par Rabbi Yehouda le Saint, rédacteur de la *Mischnah*, furent complétés par les deux Ghémars, l'une de Jérusalem, finie aux environs du 1^{er} siècle expirant; l'autre de Babylone, achevée au 5^e siècle. Nous avons relevé autant que possible directement les textes dans Rabinowicz, *Législation criminelle ou Législation civile du Talmud*; pour quelques-uns, nous avons été obligé de les citer de seconde main et de nous en rapporter à la thèse de M. L. G. Lévy, *La Famille dans l'Antiquité israélite*; dans ce cas, nous avons fait suivre notre référence de la mention [L.-G. L.].

2. Nous rappelons que le Code de Hammurabi retrouvé dans les fouilles de Suse par la mission que dirigeait M. de Morgan, est un monument de très haute antiquité : c'est en effet un Code de lois promulgué à Babylone par le roi Hammurabi, au début du deuxième millénaire avant le Christ. Quant au *Coran*, on sait

du fils vis-à-vis du père en droit hébraïque. Plusieurs cas peuvent se présenter : 1° l'enfant peut naître d'un père esclave ; 2° de l'union d'une esclave ou d'une femme de situation inférieure et d'un Israélite libre ; 3° de deux Israélites de condition égale et libre ; 4° il peut être un *vulgo conceptus* et n'avoir pas de père connu ; 5° enfin il peut naître d'un père étranger,

§ 1. — Les enfants nés de deux esclaves qui n'étaient pas Israélites, ou d'un tel esclave et d'une femme quelconque ou inversement, devaient vraisemblablement appartenir au maître de la femme, mais nous ne trouvons guère dans les textes d'illustrations de ce principe¹. Il convient au reste de retenir que la société de la *Genèse* était fragmentaire et que sa forme patriarcale et pastorale — au moins au début — ne devait point laisser de tels événements prendre un réel caractère de fréquence.

Ce n'est d'ailleurs pas ici un des objets de notre étude ; nous examinons une question du droit des personnes et non du droit des choses, or l'esclave étranger à Israël n'a pas de personnalité ; c'est purement et simplement une chose qui n'a pas de fils pour continuer son existence juridique et recueillir son héritage, qui n'a point les prérogatives d'un père, qui porte seulement des fruits dont bénéficie son maître.

Un cas particulier est celui de l'enfant né d'une femme quelconque et d'un esclave israélite² : celui-ci en effet ne

que Mohammed commença sa prédication aux environs de 611 ap. J.-C., et qu'il mourut en 632.

1. Sauf peut-être dans *Gen.* XIV, 14 et XVII, 12-13.

2. Le cas inverse n'était point prévu en effet ni par l'*Exode* ni par le *Lévitique* (v. les références *infra*) ; il n'est question dans le premier de ces deux livres que du concubinat servile dont nous parlerons tout à l'heure. Il est évident que le plus souvent la femme israélite sera tombée en esclavage en même temps que son mari (V. *Matth.* XVIII, 25) et que par conséquent son maître n'aura pas eu à la pourvoir d'un seigneur. Les autres cas doivent être rares et la *Thora* (la Loi Mosaïque) n'a statué que sur les faits ordinaires et courants.

Il convient de remarquer que la femme donnée par son maître à l'esclave durant sa servitude ne devait très probablement pas être israélite (sauf le cas de la fille de Scheschan cf. *infra*) : dans les premiers temps de la civilisation hébraïque, la jeune fille israélite ne pouvait tomber que dans le concubinat servile, semble-t-il ; quant à la femme, nous venons de dire qu'elle sera réduite en esclavage en

perd point sa personnalité pendant son servage qui est temporaire (il reste toujours le seigneur, **בַּעַל** de la femme qu'il a épousée avant sa chute en servitude)¹. L'enfant né d'une telle union appartiendra tantôt à l'esclave lui-même qui, à l'issue de son servage, se trouvera vis-à-vis de son fils dans la situation ordinaire d'un père libre — tantôt au maître de l'esclave. L'*Ex.* XXI, 5-4 nous expose les principes qui régissent cette matière : il s'agit d'un esclave hébreu qui doit reprendre sa liberté, la sixième année de son servage étant écoulée : « s'il avait une femme, sa femme sortira avec lui. Si c'est son maître qui lui a donné une femme, et qu'il en ait eu des fils ou des filles, la femme et ses enfants³ seront à son maître et il sortira seul. » Ce texte est particulièrement curieux ; nous pouvons en conclure qu'un fils naissant à un esclave *israélite* pendant la servitude de celui-ci ne subit point quant à sa condition l'influence de cet esclavage, mais qu'avant tout il faut considérer quel est le détenteur de la puissance sur la femme : si c'est l'esclave lui-même — dont le mariage n'est pas dissous⁵ — la filiation paternelle est établie et, en admettant que ses fils soient encore près de lui chez son maître, et bien que l'*Exode* ne le dise pas en termes formels, il les emmène lors de sa libération. Si au contraire c'était le maître de l'esclave qui avait puissance sur la femme, l'enfant lui restait et prenait dans l'agrégat social dont faisait partie le maître une condition qui variait selon la condition même de sa mère et la volonté de son *dominus*. En effet, la femme donnée à l'esclave par son maître peut très bien n'être pas esclave elle-même ; le 1^{er} livre des *Chroniques* nous montre Scheschan donnant sa fille pour femme à son esclave Jarcha

même temps que son mari. — Au reste, la personnalité de l'esclave *israélite* et la courte durée de son servage devaient s'opposer à ce que le maître puisse en disposer selon son bon plaisir.

1. Sa situation pourrait rappeler avec quelque apparence de raison celle de la personne *in mancipio* que connaît le droit romain.

2. **וְיָלְדָהּ**
וְיָלְדָהּ

5. Tout au plus pourrait-on soutenir qu'il est impossible d'en contracter un pendant la durée de la servitude et encore cela est-il loin d'être établi.

afin que le fils naissant de cette union reprenne sa lignée menacée de s'éteindre¹, mais, s'il en était ainsi lors de la rédaction des versets de l'*Exode* que nous venons de citer², cet état du droit n'est peut-être pas confirmé par le *Deutéronome*³ ni par le *Lévitique*⁴. Le premier de ces deux textes ne parle pas des fils de l'esclave; quant au second, il ordonne au maître de renvoyer l'esclave au moment de sa libération « et ses fils avec lui »⁵. Le texte non explicite ne précise pas comme l'a fait l'*Exode*. Y a-t-il ici une évolution et un progrès? Le concept rigide de puissance dominicale a-t-il fini par plier devant les considérations humanitaires fréquentes en ce chapitre du droit hébraïque? Peut-on voir dans le *Lév. XXV, 41*, la première trace du grand principe qui va rattacher l'enfant au mari de sa mère et le pressentiment obscur d'une future présomption de paternité que la législation israélite ne connaîtra d'ailleurs pas? Cela ne nous paraîtrait point impossible; cependant la loi que nous étudions est loin d'être claire et, si on devait l'étendre aux enfants conçus du fait de l'esclave par une femme appartenant au maître, nous ne verrions là qu'une conséquence logique de la personnalité reconnue à l'esclave. De plus, bien des difficultés restent alors à résoudre; que deviendra la mère à la libération du père? Si elle reste au pouvoir du maître, nous aurons évidemment la consécration d'un principe nettement opposé aux données de l'*Exode* rapportées plus haut, contraire aux données générales des diverses législations antiques, contraire aux dispositions talmudiques sur le mariage entre juifs et non juifs⁶ : l'esclave israélite

1. I *Chron.* II, 34-36.

2. Les critiques rationalistes le placent avant 722 av. le Christ. — V. *infra* p. 50, n° 5.

3. XV, 15-18, rédigé, d'après les rationalistes, avant 607 av. J.-C.

4. XXV, 41-45. D'après les exégètes rationalistes, ce texte aurait été rédigé de 590 à 570 environ avant le Christ; cf. *infra* p. 53, n° 3.

5. Fait notable, la libération de l'esclave n'est prévue que pour l'année jubilaire et non sabbatique. v. l'harmonisation contenue dans Josèphe *Antiq.* IV, VIII, 28; v. Renan, *Histoire du Peuple d'Israël*, t. III, p. 422, n° 3.

6. *Kilouschin* 66, (cf. Eben Haézer, c. 4, § 18 (L. G. L.) : l'enfant suit la condition de la mère; la femme donnée par son maître à un esclave ne sera la plus souvent pas israélite; v. *supra*, p. 21, n° 2.

jouira d'une puissance paternelle qui n'aura pas pour fondement sa puissance maritale, mais qui n'aura d'autre base que sa paternité physiologique. Si, au contraire, la femme sort d'esclavage en même temps que son mari, il serait bien surprenant que son maître subisse sans murmurer cette diminution de patrimoine et qu'il ne réclame pas un *mohar* (une dot). Si le maître était obligé de subir cette expropriation sans indemnité, il est bien curieux qu'il n'en soit pas dit un mot dans toute cette péripécie du *Lévitique*; si, par contre, l'esclave devait payer un *mohar*¹, il acquerrait ainsi puissance sur sa femme et nous retombons alors dans le cas ordinaire et général de paternité. Nous croirions volontiers, sans cependant écarter toute autre interprétation, car nous n'avons point ici encore une certitude, mais seulement des vraisemblances, que le législateur du *Lévitique* a entendu ne viser que les fils de la femme réduite en servitude en même temps que son mari; les motifs qui nous portent à cette opinion sont justement le manque de précision du texte et les difficultés qu'il soulève, la rareté probable du cas qui serait prévu dans l'hypothèse contraire².

§ 2. — Quant aux enfants issus d'une union entre une esclave ou une femme de rang social inférieur et un membre de la famille à laquelle cette esclave ou cette femme appartient ou est rattachée, ils entrent dans le groupement familial dont leurs parents font partie. Nous en trouvons un exemple dans l'union d'Abraham avec ses concubines. La naissance d'Ismaël est même à ce sujet curieusement présentée : Saraï, femme d'Abraham, était stérile; elle donne à son mari sa servante Hagar afin que « par cette dernière elle-même puisse enfanter »³. Le passage semblerait donc non seulement

1. Ce qui lui sera peut-être difficile, car, par hypothèse, il n'est pas riche.

2. V., sur la non-application des lois sur l'esclave hébreu, le *Talmud*, Kidouschin, 69 a.

3. *Gen.* XVI, 2 : בְּאִנְיָ אֶל־שָׁפְחָתִי אֲוִלִי אֲבִנָּה כִּמְכָנָה. « Va vers ma servante, peut-être enfanterai-je par elle » *ex parte ejus*. Ce texte ferait partie du Yahwiste,

impliquer qu'Ismaël sera régulièrement considéré comme fils d'Abraham, mais encore marquer une substitution juridique de Hagar à Saraï qui sera ainsi rendue mère. Dans l'union de Jacob avec Bilha et Zilpa, servantes de Rachel et de Léa, il est encore question d'une substitution de cette nature¹; mais ici il est à remarquer que Léa a déjà donné des enfants à Jacob, que celui-ci n'a donc pas absolument besoin de fils qui perpétue son nom; Rachel, qui, au début de son mariage, est stérile, donne à son mari sa servante Bilha « afin d'avoir par celle-ci des enfants »². A la naissance de Dan, premier fils de Bilha, Rachel s'écrie : « Dieu a entendu ma voix et il m'a donné un fils »³. De même lorsque Léa a cessé d'enfanter, elle se substitue à son tour sa servante Zilpa⁴. C'est peut-être là un indice de l'infamie qui pouvait marquer une femme stérile; il semblerait que, dans cette civilisation, le rôle essentiel de la femme ait été de donner une nombreuse descendance au mari et non pas seulement un premier-né, « l'enfant du devoir », comme dans les sociétés aryennes : la femme devait enfanter pour que se réalisât une des magnifiques récompenses promises par Dieu aux patriarches : la nombreuse postérité, gage de force et de puissance pour le groupement patriarcal⁵; peut-être aussi était-ce là le résultat

rédaction faite, d'après M. Steuernagel, dans le royaume de Juda, dans la première moitié du ix^e siècle av. le Christ.

1. Gen. XXX. « Elle dit : Voici ma servante Bilha; va vers elle, qu'elle enfante sur mes genoux et que par elle j'aie aussi des fils ». Une sorte de reconnaissance officielle d'acceptation dans la famille était marquée par cet acte qui rappelle le *filium suscipere* du droit romain. Cf. l'adoption des fils de Joseph : Gen. XLVIII, 12 : « Joseph retira ses fils des genoux de son père ».

2. Gen. XXX, 3 : יָצְאָהָּ בִּילְהָ וְהָיָה בְּנֵי יַעֲקֹב. Les textes de la Genèse que nous citons ici sont classés par les exégètes dans l'Elohiste; d'après les rationalistes, ils auraient donc été rédigés, sauf retouches postérieures, dans la première moitié du viii^e siècle av. J.-C.

3. Gen. XXX, 6.

4. Gen. XXX, 9.

5. Voir Westermarck, *Origine du Mariage*, p. 49. Il est curieux de constater que, pour le Coran, les enfants sont des éléments importants de richesse : v. notamment la sourate III, v. 12 : « l'amour des plaisirs, tels que les femmes, les enfants, les trésors entassés d'or et d'argent, les chevaux portant des marques imprimées (c.-à-d. de choix, qu'on garde longtemps)... », VIII, 28 : « Songez que vos

obligé de la polygamie et de la concurrence entre les femmes d'un même mari¹.

Avec les concubines d'Abraham, avec Bilha et Zilpa, nous voyons apparaître les premières représentantes de cette classe sociale si importante que constituèrent les femmes de deuxième rang appelées le plus souvent פִּילְגָּשִׁים *P'lag^{he} šim*.

Que sont ces concubines? Quelles sont leur origine et leur condition sociale? Quel est le sort et le rang de leur fils parmi les autres fils du patriarche?

La première question à résoudre est de savoir si réellement ce sont là des épouses et si elles diffèrent des femmes de premier rang autrement que par la dénomination. Ce sont bien des épouses, croyons-nous; leur union avec leur maître a un réel caractère de fixité et de stabilité, par exemple l'union de Bilha et de Zilpa avec Jacob, par exemple encore l'union de David et Salomon avec leurs concubines. De plus ces concubines sont parfois appelées « femmes »² et même « femmes concubines »³; leurs fils sont considérés comme légitimes et paraissent à peu près assimilés aux fils des épouses ordinaires. Enfin, bien qu'elles soient dans une condition inférieure, la loi les protège ainsi qu'il est exposé plus loin : leur mariage leur confère une sorte de dignité et modifie le jeu normal du droit, comme par exemple pour la sortie de l'esclavage⁴.

Ce sont des épouses d'un autre ordre que les épouses ordinaires; il suffit de parcourir la Bible pour s'en rendre compte : les exemples de Hagar, de Bilha et de Zilpa nous renseignent déjà. On peut encore être éclairé par divers passages rapportant que certains personnages ont à la fois des épouses et des

richesses et vos enfants sont un sujet de tentation ». — Cf. encore LXIV, 15. Il est vrai qu'il est dit ailleurs : « Ne tuez pas vos enfants à cause de l'indigence » (VI, 152) et que l'enterrement des petites filles vivantes — à leur naissance — est sévèrement blâmé (XVI, 60-61). V. aussi *Grande Encyclopédie*, t. XVI, v. *Famille* p. 1172, col. 1.

1. Cf. la jalousie entre Rachel et Léa, *Gen.* XXX; v. aussi la Bible. *passim*, notamment I *Sam.* I, 6.

2. Par ex. *Gen.* XXXVII, 2.

3. *Jud.* XIX, 1; II *Sam.* XV, 16 et XX, 5.

4. *Ex.* XXI, 7-11.

concubines¹. S'il n'y avait point de différence entre ces deux catégories, les textes seraient inintelligibles; quelles sont donc la cause et la nature de ces différences?

La condition de ces femmes de deuxième rang ne dépend pas de l'époque de leur union avec le *pater*. Une hypothèse pourrait en effet se présenter à quelques esprits : les concubines seraient les femmes qu'un Israélite aurait épousées après avoir déjà contracté un premier mariage. Cette solution ne résiste pas à l'examen des textes : Jacob a déjà deux femmes quand il connaît ses concubines; Bath-Schéba, mère de Salomon, était au nombre des femmes et non des concubines de David qui l'avait épousée après avoir déjà eu des fils d'Achi-noam de Jizréel, d'Abigaïl de Carmel et de plusieurs autres². Salomon eut 700 princesses pour femmes³; quant à Roboam, il se contenta de dix-huit⁴.

Les concubines ne sont pas non plus, ainsi qu'on pourrait être porté à le supposer, des femmes d'origine étrangère tombées à ce rang inférieur par le seul fait de leur extranéité, car nombreuses sont dans la Bible, malgré les interdictions deutéronomistiques et sacerdotales, les exemples d'étrangères mises au nombre des femmes et non des פִּילְגָּשִׁים⁵.

Le mot lui-même de פִּילְגָּשׁ ne nous renseigne guère par son histoire sur l'institution qu'il désigne; il est d'importation étrangère; c'est en effet le mot aryen de *Pellex* ou Πελλαξ et si cette constatation peut être de grand intérêt pour les historiens des rapports entre Sémites et Aryas au deuxième ou premier millénaire avant notre ère⁶, pour nous, elle ne nous éclaire point.

1. Gen. XXII, 20-24; I Reg. XI, 5; I Chron. XI, 18 et la Bible *passim*.

2. II Sam. XI et XII; I Chron. III.

3. I Reg. XI, 5.

4. II Chron. XI, 18-25.

5. Cf., II Sam. III, 3; I Reg. III, 1; XI, 1-5, v. aussi Esdr. X, 5, 44; Neh. X, 50-51; XIII, 25-51.

6. Le mot se trouve dans le document Vahwiste. Gen. XXII, 24; XXV, 6 — et aurait été par conséquent déjà employé, d'après les théories rationalistes, dès les temps salomoniens ou dès l'époque du schisme, c.-à-d. dès la première moitié du

Nous serions enclin à penser qu'il faut voir en ces concubines des esclaves acquises par leurs époux et maîtres pour satisfaire leurs sens et se susciter en même temps une postérité. Nombreux sont les passages bibliques où des פִּלְגָּשִׁים sont qualifiées de « servantes » : tel est le cas de Hagar, de Bilha et Zilpa¹; telle est, d'après nous, la situation des concubines d'Abraham. Le texte du v. 6, c. XXV de la *Gen.*² semble bien marquer un énergique pouvoir d'Abraham sur ces femmes; il est dit en effet : וְלִבְנֵי הַפִּלְגָּשִׁים אֲשֶׁר לְאַבְרָהָם; d'après l'allure générale de la proposition, il ne serait peut-être pas exagéré de conclure que ces femmes étaient des esclaves d'Abraham ou de Sara; en effet, nous voyons le relatif אֲשֶׁר ayant pour antécédent le substantif פִּלְגָּשִׁים et suivi du nom Abraham qui lui-même porte en préfixe un ל marquant le datif de possession; nous croyons qu'il faut traduire : « les concubines qui étaient à Abraham ». Le droit de propriété d'Abraham sur ces femmes est nettement affirmé, nous semble-t-il; le rédacteur sacré eût pu se contenter en effet d'ajouter au mot פִּלְגָּשִׁים le suffixe possessif; au lieu de cela, il a employé une périphrase qui, à vrai dire, n'est point étonnante comme figure de style dans la littérature biblique, mais qui par sa conception même suppose au profit du chef de famille sur

ix^e siècle av. J.-C. Il aurait peut-être une ancienneté plus grande encore (de 5 siècles) si l'on admet l'authenticité mosaïque du Pentateuque. Pour Renan, c'est aux Philistins, peuplade d'origine crétoise qui paraît avoir parlé un dialecte gréco-latin (*Hist. du Peuple d'Israël*, t. I, p. 157, n° 2) — qui, venus du monde Egéen, envahissent l'Égypte et sont installés par Ramsès III entre Raphia et Joppé vers 1220 av. J.-C. (Maspéro, *Histoire ancienne des Peuples de l'Orient classique*, p. 462 et s.) qu'il convient de rapporter l'introduction, mille ans av. J.-C., « dans la langue hébraïque de ces mots d'apparence grecque et latine désignant presque tous des choses militaires et exotiques, qui se trouvent dans les textes les plus anciens... et surtout ce singulier mot *pellex* avec le sens de concubine qui a fait partie des langues sémitiques dès une époque très reculée » (*Hist. du Peuple d'Israël*, t. II, p. 35).

1. Pour Hagar, cf. *Gén.* XVI, 2 déjà cité p. 24, n. 5. Le mot שִׁפְחָה signifie *ancilla*, *serva*. Pour Bilha et Zilpa, v. *Gen.* XXX, 5 et 9; XXXV, 23 et 26.

2. Ce texte fait partie du Yahwiste, v. p. 24, n° 3.

les femmes, dont il s'agit, l'existence d'un droit analogue au droit de propriété.

Notre thèse se confirme, si nous poursuivons l'examen des textes sacrés : Gédéon a de sa concubine un fils, Abimélec¹, qui est proclamé roi après avoir fait assassiner ses frères consanguins; le seul d'entre eux qui ait échappé au massacre, Jotham, dans un discours aux habitants de Sichem, traite Abimélec de « fils de la servante de son père »².

D'autre part, les concubines font partie de la succession de leur maître défunt et Salomon hérite ainsi d'Abisag la Sunamite³. C'est parce qu'elles sont esclaves et propriété de leur époux, parce qu'elles constituent le bien le plus précieux peut-être, en tout cas le plus intimement uni à la personne de leur seigneur, que toute prétention élevée sur elle sera une prétention ouvertement affirmée à la succession de leur maître, un acte de révolte contre celui-ci, s'il est encore vivant⁴, ou contre son héritier⁵.

Il est intéressant de constater que les passages législatifs du Pentateuque mentionnent ces unions avec des esclaves, justement pour restreindre les pouvoirs du mari. Ainsi une prisonnière de guerre qui a été prise pour femme par un Israélite ne pourra, « si elle cesse de lui plaire, être vendue pour de l'argent ni traitée comme esclave, parce qu'elle aura été humili-

1. *Jud.* VIII, 51.

2. *Jud.* IX, 48 : בֶּן-אֲמָתוֹ. Le mot אֲמָה signifie *ancilla, serva*, et בֶּן-אֲמָה *servus* — אֲמָה et שִׁפְחָה sont synonymes, quelque distinction qu'on ait essayé d'opérer entre eux. Les deux textes que nous venons de citer sont classés en général dans un document Elohistes qui présenterait une indiscutable parenté avec E du Pentateuque. Il daterait, d'après le R. P. Lagrange (*op. cit.* p. XXXVI), des temps davidiques. Pour Lucien Gautier (*op. cit.* t. I, p. 230) il se rattache « à l'ensemble des traditions qui relèvent plus ou moins directement... de l'Elohistes du Pentateuque. — Nous pouvons encore nous fonder sur le v. IX, 48, même s'il n'est qu'un développement rationnel (v. Lagrange *op. cit.* p. 168, 169, 185).

3. I *Reg.* I, 1-4; II, 15-17.

4. II *Sam.* XVI, 21-22. Ce sera aussi dans ce cas, étant donnée la nature de relations entre le maître et les concubines, un outrage vivement ressenti.

5. I *Reg.* II, 25-25. C'est pour cela que Salomon refuse d'accéder à la demande d'Adonija, car celui-ci pourrait alors proclamer qu'un droit à la succession de David lui a été reconnu; c'est parce que le Roi a vu dans cette prière un piège, une insulte et une menace, qu'il fait assassiner son frère.

liée¹ ». Mais c'est particulièrement un curieux passage de l'*Exode*² qui nous fournit sur cette matière les meilleures clartés : le cas prévu est celui où « un homme vend sa fille pour être esclave », et nous voyons par la suite du texte que cette esclave était destinée à devenir l'épouse ou la bru de son maître. C'est le seul texte qui, dans le Code de l'Alliance³, vise le sort de l'esclave du sexe féminin ; rien n'est dit de la femme israélite achetée comme esclave ordinaire (et non pour susciter une postérité à son *dominus*). A quoi tient cette circonstance ? Le législateur n'a-t-il point voulu s'occuper d'un cas probablement plus rare en fait que celui qu'il régleme ? D'après nous, il n'y avait le plus souvent, pour les femmes israélites, d'esclavage que dans la forme du « concubinat servile⁴ ». La loi signale et consacre les règles déjà posées par la coutume pour le *plerumque fit*. Quelles que soient d'ailleurs les raisons du silence de l'*Exode* sur la condition de la femme, esclave ordinaire, nous n'en possédons pas moins avec lui un texte qui nous révèle la vente de femmes israélites comme esclaves-concubines.

Ces esclaves sont de jeunes vierges israélites vendues par leur père à un autre Israélite. Cette vente pourra se faire sous l'empire de la nécessité et pour procurer au père les ressources dont il a besoin, mais rien ne l'indique dans les textes ; il semble plutôt que cette institution permette aux jeunes filles des classes inférieures d'épouser un Israélite de classe plus élevée et de famille puissante, un membre de l'aristocratie juive, un des *potentes* : celui-ci ne prendra pas la jeune fille

1. *Deut.* XXI, 10-14. Cette péricope constitue ce que M. Steuernagel appelle la « loi de la guerre » et aurait été incorporée dans le *Deut.* avant 607. Elle aurait d'ailleurs peut-être été empruntée à d'autres recueils. — v. aussi pour l'union entre un Israélite et son esclave *Lév.* XIX, 20, *infra*, p. 35, n° 3.

2. *Ex.* XXI, 7-11.

3. On appelle ainsi, dans les théories critiques sur la formation du Pentateuque, un ensemble de documents législatifs qui, d'après quelques auteurs, serait très ancien et remonterait aux premiers temps de l'établissement d'Israël en Chanaan, qui, en tout cas, même d'après les critiques rationalistes les plus audacieux, ne serait pas postérieur à 722 av. J.-C., pourrait être placé aux ix^e ou viii^e siècles et aurait codifié nombre de règles juridiques « depuis longtemps en vigueur ». — Cf. Touzard *loc. cit.*, col. 716. — Cf. Gautier, *op. cit.*, t. I, p. 86.

4. Touzard. *loc. cit.*, col. 831.

comme femme de premier rang, mais il la fera rentrer dans son harem comme servante-concubine; il arrivait même parfois que la jeune fille fût de bonne famille et de classe assez élevée, témoin la concubine de Gédéon qui paraît jouir à Sichem d'une considération et d'une influence marquées¹ : ces jeunes filles sont esclaves à perpétuité et ne sont pas libérées à la 7^e année de leur servage²; leurs maîtres ont envers elles des obligations et des devoirs : « si elle déplaît à son maître qui s'était proposé de la prendre pour femme³, il facilitera son rachat, mais il n'aura pas le pouvoir de la vendre à des étrangers après lui avoir été infidèle... s'il prend une autre femme, il ne retranchera rien pour la première à la nourriture, aux vêtements, au *debitum conjugale*. Et s'il ne fait point pour elle ces trois choses, elle pourra sortir sans rien payer »⁴. Cela prouve bien que ces esclaves sont d'une espèce assez particulière; le droit sur elles de leur mari et seigneur est limité⁵. Il n'est pas certain que les dispositions de l'*Exode* aient été appliquées aux concubines dont l'esclavage était *par lui-même* perpétuel; nous voulons dire : aux concubines qui, si elles avaient été simples esclaves, n'auraient pas bénéficié de la libération à l'année sabbatique, en un mot, aux concubines étrangères. Le *Deut.* XXI, 14, déjà cité⁶ nous prouve que ces mesures de bienveillance s'appliquaient au moins aux prisonnières de guerre qui, en général, devaient être de condition sociale supérieure à celle des concubines achetées. Malgré tout

1. *Jud.* IX.

2. *Ex.* XXI, 7.

3. Il y a dans le texte Massorétique : אִשָּׁר-לֹא יָעִדָּהּ. Ces quelques mots renferment une faute du copiste et sont inintelligibles, on corrige habituellement לֹא, négation par הִי « pour lui » et on traduit habituellement comme il est dit ci-dessus. Nous préférons, suivant en cela M. le Professeur Desnoyers, lire אִשָּׁר-לֹא יָעִנָּה et traduire : « qui ne l'a pas connue »; le texte devient alors plus compréhensible et plus riche.

4. *Ex.* XXI, 8-11. — Cf. le code de Hammurabi §§ 119, 142, 146.

5. Il faut cependant noter que le droit du maître sur l'esclave israélite ordinaire est assez restreint dans l'*Exode* (XXI, 4-6) et plus encore dans le *Deut.* (XV, 13-18; XXIII, 16-17) ou dans le *Lév.* (XXV, 39-43).

6. Cf. *supra*, p. 50, n° 4.

la situation même de ces dernières devait être préférable à celle de l'esclave ordinaire : elles pouvaient s'emparer de la faveur de leur maître. Cette situation plus élevée dont elles jouissaient se marque dans les assimilations que fait parfois l'auteur sacré entre les concubines, פְּלִגְשִׁים et les femmes, נָשִׁים ; c'est ainsi par exemple que Bilha et Zilpa sont appelées dans la *Genèse* « femmes » de Jacob¹, et que nous avons vu dans un autre passage « Saraï prendre Hagar l'Egyptienne, sa servante et la donner pour femme à Abram son mari »². Hagar prit même envers Saraï une attitude irrespectueuse lorsqu'elle se vit enceinte ; Saraï s'en plaignit à Abram qui répondit : « voici, ta servante est en ton pouvoir, agis à son égard comme tu le trouveras bon. — Alors Saraï la maltraita et Hagar s'enfuit loin d'elle »³. Nous voyons donc quelles pouvaient être les prétentions d'une concubine et ses efforts pour supplanter une femme de premier rang, mais d'autre part le pouvoir d'Abram et de Saraï sur Hagar nous paraît absolu et il ne reste à l'Egyptienne que la fuite pour se protéger des mauvais traitements : Hagar est bien une esclave⁴.

On pourrait apercevoir cette différence de rang et de vie entre femmes et concubines dans le passage où David nous est représenté abandonnant Jérusalem devant la révolte d'Absalom. Le roi part avec toute sa maison ; il ne laisse pour garder le palais que dix concubines⁵ ; ces femmes sont exposées à un assez triste sort : elles se trouveront en face des révoltés et

1. *Gen.* XXVII, 2. בְּלֶהָה... נָשִׁי אֲבִיו. Le mot אִשָּׁה (dont נָשִׁי est l'état construit du pluriel) signifie *femina, mulier, uxor, conjux*. C'est le terme employé couramment pour désigner les femmes de premier rang.

2. *Gen.* XVI, 3. — Abram n'est autre qu'Abraham.

3. *Gen.* XVI, 4-7. Ce texte appartiendrait au Yahwiste. v. p. 24, n° 3 ; son historicité ne nous intéresse guère ; il nous suffit de retenir l'idée que le rédacteur se fait de la situation de Hagar.

4. Cf. d'ailleurs Hammurabi § 146 : « Si un homme a épousé une SAL-ME et si elle a donné à son mari une servante qui lui enfante des enfants, si ensuite cette servante veut devenir l'égale de sa maîtresse, parce qu'elle a eu des enfants, sa maîtresse ne peut plus la vendre, elle lui fera une marque et la comptera parmi ses esclaves. » V. le § 147. Pour l'explication du mot SAL-ME, cf. *infra* p. 56 n° 1 v. d'ailleurs *Grande Encyclopédie*, loc. cit., p. 1169, col. 1.

5. II *Sam.* XV, 16.

subiront même plus tard l'outrage d'Absalom¹. Le *Lévitique* XIX, 20, décide d'autre part que « lorsqu'un homme aura commerce avec une femme, si c'est une esclave fiancée à un autre homme² et qui n'a pas été rachetée ou affranchie, ils seront châtiés, mais non punis de mort parce qu'elle n'a pas été affranchie ». L'homme sera tenu d'offrir un bœuf en sacrifice de culpabilité; l'esclave sera châtiée par son maître selon la volonté de celui-ci dans les limites fixées par la Loi, mais il est évident en tous cas que cette union mixte d'un homme libre et d'une esclave est considérée comme inférieure, puisqu'elle n'est point aussi rigoureusement protégée que celle de deux personnes de rang égal³.

D'autres civilisations sémitiques connaissent ces unions de second ordre : le Code de Hammurabi réglemeute en de longs passages, que nous avons déjà cités ou que nous citerons dans la suite, la situation de la servante prise pour épouse par son maître⁴; le Coran mentionne lui aussi les mariages entre hommes libres et femmes esclaves⁵.

1. II Sam. XVI, 22.

2. Pour l'explication du mot « fiancée » cf. infra p. 55, n° 2-3. Il y a dans le texte *שִׁפְחָה בְּחֻפָּת לְאִישׁ* c'est-à-dire *ancilla desponsata viro* — la traduction *fiancée* n'est peut-être pas assez serrée ici. Pour les jeunes filles libres au lieu du mot *בְּחֻפָּת* qui a pour sens *projecta, commissa (viro)* on emploie le mot *סְאִרְשָׁה* qui signifie plus proprement *desponsata* cf. Ex. XXII 16, et Deut. XXII, 23.

3. Deut., XXII, 25-27. — Le Lévit., XIX, 20, est rangé dans la Loi de Sainteté du Code sacerdotal par les rationalistes qui en attribuent la rédaction à l'entourage d'Ézéchiél et la datent, par conséquent, des environs de 570 av. J.-C.; quelques-uns admettent cependant que le texte pourrait remonter aux derniers temps de la monarchie, c'est-à-dire un peu avant 586. — Le texte que nous citons est très curieux à analyser; il ne vise que le cas d'une esclave mariée, mais qui n'a pas encore connu son époux; rien n'est dit d'une esclave en état de concubinat; il semble qu'alors la peine sera la même que pour l'adultère de la femme de premier rang. Pourquoi donc cette différence entre les deux états antérieur et postérieur à la cohabitation? Elle semble tenir, en même temps qu'à une mésestime de ces unions mixtes, au concept suivant lequel le rapport sexuel crée même à lui seul une parenté étroite entre deux individus ou leurs deux familles : c'est l'idée qui a présidé à la théorie de l'*affinitas ex copula illicita* et qui a influé sur la *dispensatio matrimonii* du droit canonique; elle imprègne les théories de parenté que pose le Code sacerdotal. Cf. Lévit., XVIII; surtout v. 17.

4. Cf. §§ 119; 137-158, 144-147, 170-171, 183-184.

5. Cf. IV, 29-50; XXIV, 35; LXX, 29-50.

Peut-être pourrait-on, du point de vue de la concubine israélite, essayer de noter ici une évolution, bien que la chose soit fort délicate : Le *Deut.* XV, 12-18¹ ne contient pas une réglementation absolument identique à celle de l'*Exode* ; l'esclave israélite « homme ou femme » sortira de servitude à l'année sabbatique ; il n'est pas question de la concubine dans cette période, pas plus qu'il n'en est question dans le passage de Jérémie sur la libération des esclaves² au temps de Sédécias, dernier roi de Juda, pas plus que dans les dispositions générales du *Lévitique* sur l'esclavage³. Or, sans aller jusqu'à admettre les hypothèses et les inductions de M. Steuernagel, il convient de retenir que la législation deutéronomistique et celle du Code Sacerdotal sont l'indice d'un état social « notablement en progrès sur celui que suppose le Code de l'Alliance » et que « d'après ses données les plus fondamentales le Deutéronome ne devait pas entrer en vigueur avant l'époque de Salomon et l'érection du Grand Temple »⁴. D'autre part, au dire du Talmud, la mère n'avait pas le pouvoir de vendre sa fille⁵, et, à l'époque du Second Temple, c'est-à-dire quelque temps après le retour de l'exil, ce pouvoir fut enlevé au père lui-même⁶. Ainsi donc la tradition et l'examen des dispositions générales des textes sur l'esclavage s'accorderaient pour nous inciter à conclure à la disparition, pour les femmes israélites⁷, du concubinat servile, si par ailleurs ils nous amenaient à de notables divergences quant à la date de cette disparition. Nous rencontrons bien, il est vrai, le mot de « concubine » dans des textes postexiliques comme les

1. Ce passage, appelé par M. Steuernagel loi d'humanité, est rangé par ce critique rationaliste au nombre des additions faites à l'*Urdeuteronomium* avant 607 av. J.-C., v. d'ailleurs p. 50, n° 1.

2. *Jérémie*, XXXIV, 8-16. Jérémie parle « des esclaves et des servantes » ; v. aussi *Néh.* V, 1-15.

3. XXV, 59-55.

4. Touzard. *Op. cit.*, col. 839.

5. *Mischna Sota*, III, 3 [L. G. L.].

6. *Talmud Ghittim*, 65 [L. G. L.].

7. Il n'est point question, en effet, des étrangères ni des prisonnières de guerre, dont l'esclavage est perpétuel, pour qui le problème de la libération à l'année sabbatique ne se pose donc pas. Cf. *infra*, p. 37, n° 2.

*Chroniques*¹ ou qui peuvent avoir été rédigés peu avant le retour de l'exil comme *Daniel*²; mais il semblerait qu'on puisse expliquer la présence du terme en question dans ces livres et son changement de sens par un texte *I Rois* « XI,5 » qui jette en effet sur ce problème un jour singulier et paraît confirmer la vraisemblance d'une évolution en cette matière; voici le passage : « Salomon eut sept cents princesses שָׂרוֹת pour femmes נָשִׁים et trois cents concubines, פִּלְגָּנִים »³; le mot שָׂרָה, dont שָׂרוֹת est la forme plurielle, est le féminin de שָׂר qui signifie *dux, princeps*; il a pour sens *mulier primaria, princeps, nobilis*. Ces princesses sont les femmes de Salomon; les autres femmes honorées de la faveur du Roi sont des concubines dont le rang social n'est pas indiqué, mais est certainement inférieur à celui des princesses. Ne serait-on pas en droit de conclure que la distinction entre femmes et concubines provient non plus de la servitude de ces dernières, mais d'une différence moins appréciable pour nous, mais certainement très nette pour les Israélites, entre les situations sociales des unes et des autres? Sont femmes, נָשִׁים, celles dont la famille a avant le mariage un rang social égal à celui du mari. Le roi Salomon épouse des princesses de sang royal qui sont d'ailleurs des étrangères. Les concubines sont des femmes que leur seigneur a consenti à prendre dans une classe inférieure à la sienne pour satisfaire ses sens et se susciter une postérité plus nombreuse⁴. Cela se concevrait parfaitement :

1. Vg. *I Chron.*, II, 46, 48; III, 9.

2. V, 5-4; VI, 18. D'après ses affirmations propres, le livre relaterait dans son c. V, divers événements qui se seraient déroulés à Babylone sous un roi Belschatsar, successeur de Nebucadnetsar (Nabuchodonosor), et dans son c. VI divers événements datant du règne de Darius. D'après L. Gautier, *Introduction*, t. II, il aurait été écrit, au début du I^{er} siècle av. J.-C., à l'aide de matériaux antérieurs; tradition écrite ou orale, monuments babyloniens.

3. Ce verset se trouve dans un chapitre à coloration deutéronomistique nette, mais basé sur des sources plus anciennes; il convient de retenir que le *Deutéronome*, quelle que soit sa date, n'exerça guère d'influence sur la littérature israélite avant 622 av. J.-C.

4. Aux îles Fidji « les chefs notables ont des centaines de femmes qui les

l'achat de la concubine israélite aurait disparu; celle-ci, le plus souvent, ne serait plus une esclave, mais elle serait toujours choisie dans les sphères inférieures du peuple juif; rien au fond n'aurait changé, seul l'achat aurait disparu (comme peut-être le *mohar* lui-même en matière de mariage). Rien ne serait plus logique, plus cohérent avec l'ensemble de la civilisation hébraïque. Un *potens* (il sied en effet de se rappeler que la polygamie était le fait de riches personnages) devait toujours être tenté d'accroître son harem et, comme d'autre part les distinctions et les classes sociales sont une des institutions fondamentales des sociétés antiques en général et de la société israélite en particulier, il nous paraît normal que les femmes de condition sociale inférieure à celle de leur époux ne fussent pas avec lui sur ce pied, non d'égalité, mais de respectabilité dont jouissait une femme de rang social égal¹.

servent... celles-là seules ont rang d'épouses qui sont filles de chef ». *Grande Encyclopédie*, loc. cit., p. 1164, col. 2. V. aussi p. 1166, col. 2.

1. Nous croyons devoir signaler à ce propos quelques dispositions du Code de Hammurabi; les §§ 114-115 visent le cas où un homme a épousé une SAL-ME et où celle-ci a donné à son mari des enfants soit par elle-même, soit par sa servante (*amtu*); le mari ne pourra alors prendre une concubine (*su-ge-tim*). Si, au contraire, la SAL-ME n'a pas donné d'enfants à son mari, celui-ci pourra prendre une concubine et l'introduire dans sa maison, mais non la mettre au même rang que la SAL-ME. La difficulté réside ici dans l'interprétation donnée aux caractères SAL-ME: le P. Scheil — dans son édition du Code — donne à la transcription des cunéiformes en caractères français, le mot *as-sa-tu* et le traduit par *femme*; or, M. F. Thureau-Dangin (*Les Inscriptions de Sumer et d'Akkad*, 1905, p. 90, n° 3. éd. allemande, p. 56) fait remarquer que le sens de *épouse* paraît exclu par le texte de Goudéa où les sept filles du dieu Nin-Girsou et de la déesse Baou sont appelées SAL-ME, et par la Plaque ovale d'Ourou-Kagina, col. V, 16-19, où l'on traite une déesse de « SAL-ME chérie de Nin-Girsou », lequel est son père. Hammurabi distinguerait donc deux sortes d'épouses: l'*as-sa-tu* et la SAL-ME; ce dernier mot signifiant d'habitude « jeune fille » ou « vierge » aurait ici pour sens « fille de condition ». Si nous admettons cette théorie, n'y trouvons-nous pas la confirmation des explications données par nous; la différence entre concubine et épouse de premier rang n'est-elle pas déterminée par une différence de situation sociale avant le mariage? Oui, mais alors, dira-t-on, la concubine, inférieure à la SAL-ME, ne pourra-t-elle être considérée par *a contrario* comme étant mise sur le même pied que l'épouse ordinaire *as-sa-tu*? Mais outre qu'un tel raisonnement serait singulièrement aventureux, nous pourrions répondre que, pour qu'un homme ait, en plus de sa femme et sa servante, une concubine dans sa maison, il devra posséder une fortune suffisante et, par conséquent, le plus souvent — pour ne pas dire toujours — être d'une classe sociale telle qu'il ne prendra pour femme

Malheureusement les données de la tradition et de l'examen général des dispositions sur l'esclavage sont peut-être contredites par le passage du *Lévitique* sur l'adultère de l'esclave fiancée¹. Ce texte en effet semble bien impliquer l'existence d'un concubinat servile; il s'applique, à n'en pas douter, aux femmes israélites, puisqu'il parle du rachat de l'esclave, rachat que le *Lév.* XXV, 44-46 ne permet que pour les Hébreux². Il convient au reste de retenir que le texte vise principalement à punir l'adultère, or cette punition pouvait et devait être prévue par le Code sacerdotal, même si le concubinat servile des femmes israélites était en fait inexistant, car il y eut toujours des unions entre des esclaves étrangères et leurs maîtres (cf d'ailleurs *Deut.* XXI, 10-14). Le Code s'est-il servi d'un texte ancien prévoyant l'adultère de la concubine israélite, — texte qu'il aurait imprégné de son esprit en lui ajoutant les v. 21-22 et se serait incorporé? A la rigueur même le rédacteur sacerdotal peut avoir forgé le v. 20 : son goût des antiquités et le souci de stricte et complète purification religieuse qui l'anime pourraient corroborer cette hypothèse; en tout cas, il semble que le Code sacerdotal reconnaisse la réalité du concubinat servile. D'autre part, à les mieux étudier, les passages du *Deut.* et du *Lév.* ci-dessus cités ne nous paraissent pas incompatibles avec l'existence de ce concubinat; il est à croire en effet que cette institution s'étant raréfiée a

qu'une SAL-ME. Quand un homme épousera une fille de condition inférieure, il semble que le problème du concubinat n'aura pas à se poser : il se trouvera éliminé par les nécessités financières qu'il soulève. — Malgré tout, nous croyons qu'il suffit au fond de voir dans le mot SAL-ME le sens ordinaire qu'on y rencontre et nous pensons que l'interprétation du P. Scheil se soutient en raison : la SAL-ME est non une épouse d'une espèce particulière, mais simplement la jeune fille libre, la vierge au sens honorifique du mot; le terme que nous examinons représente une distinction morale plutôt qu'une classification juridique et peut-être est-il à rapprocher du latin *matrona*; aussi, pour nous, les §§ 144-145 peuvent et doivent s'entendre de toutes les épouses et marquent bien la différence de situation sociale qui sépare celles-ci des concubines.

1. Cf, supra, p. 55, n° 3.

2. Le texte est d'ailleurs assez obscur et soulève de grosses difficultés : comment, en particulier, un rachat de l'esclave concubine est-il possible? Nous croyons que le rachat pouvait se faire tant que l'esclave n'avait pas connu charnellement son époux. V. d'ailleurs p. 55, n° 5.

été négligée par le législateur et même pourrait-on apercevoir dans le moyen proposé par le *Deut.* XV, 16-17, pour perpétuer l'esclavage, une facilité accordée au concubinat servile¹.

L'esquisse d'évolution que nous avons tracée ne correspond donc peut-être pas à une réalité juridique: le concubinat servile a peut-être existé, en tant qu'institution jusqu'à une date presque impossible à préciser; mais nous croyons pouvoir retenir sinon en droit, du moins en fait, les conclusions que nous avons formulées: le concubinat servile disparaît peu à peu et d'assez bonne heure², il est remplacé par une union analogue où la femme n'est plus une esclave, mais fait partie malgré tout des couches inférieures de la population juive, d'une classe sociale inférieure à celle de son mari, ce qui au fond n'a pas opéré dans la société juive entre le concubinat servile et ce mode d'union nouvelle une si grande différence³.

L'évolution se poursuit vers une condition meilleure accordée à la femme, vers son émancipation dans une certaine mesure et les rabbins en vinrent à poser en principe dans la Ghémare de Babylone que « l'épouse monte avec son mari, mais ne descend pas avec lui⁴ ». La femme sera désormais considérée non comme l'égale de son mari, mais comme l'égale des femmes de la famille de celui-ci; bien plus, si l'épouse est de condition sociale supérieure à celle de son mari, elle sera toujours considérée comme occupant la même situation sociale qu'avant son mariage⁵.

Il ne nous suffit pas d'avoir quelques lueurs sur la condition même des concubines; il nous faut encore savoir quelle est la

1. Cf. v. 17 *in fine* : « Tu feras de même pour ta servante ».

2. Il est curieux, en effet, de noter ce passage de Josèphe, *Antiq.*, IV, VIII, 25 : Δούλος δὲ μὴ γαμειῖσθαι τοῖς ἐλευθεροῖς, μηδ' ἂν ὑπ' ἔρωτος πρὸς τοῦτο τινὲς ἐκδιώζονται. Cette loi est attribuée par Josèphe à Moïse.

3. Cf. nos explications sur l'*Ex.*, XXI, 7-11 p. 50-51.

4. Ketouboth, 61.

5. De pareilles unions devaient être rares avant le Christ : leur développement marque par lui-même l'amélioration qui se produit dans la condition des femmes israélites; en tout cas, tandis qu'antérieurement la femme devait tomber au rang de son mari, désormais elle ne pourra plus trouver dans le mariage une occasion de déchéance.

situation de leurs fils par rapport au père, puisqu'aussi bien c'est là l'objet de notre étude.

Il est assez délicat d'arriver sur ce sujet à quelques précisions; en l'état des textes, nous ne devons nous permettre que de timides conclusions : à certains moments, nous trouvons le fils de la concubine traité sur le même pied que le fils de l'épouse; à certains autres, une différence est mise entre eux deux. Ainsi une opposition nette se remarque par rapport à Abraham entre Isaac et Ismaël d'un côté et les fils des concubines d'autre part, les deux premiers enterrent « leur père » tandis que les autres sont déjà dispersés¹, mais si Ismaël est appelé par le rédacteur sacré « fils d'Abraham » sans aucune réticence ni restriction², il n'en reste pas moins qu'il y a entre lui et Isaac une différence marquée en plusieurs endroits : ainsi Dieu parlant à Abraham lui dit : « Prends ton fils, ton unique, celui que tu aimes, Isaac »³. Celui-ci est donc considéré comme le seul vrai fils du Patriarche. C'est d'ailleurs lui seul qui hérite d'Abraham. Les autres « fils des concubines » ont été dispersés par leur père, et, après avoir reçu des dons, plus ou moins considérables peut-être, ils ont été envoyés « loin d'Isaac »⁴. Il faudrait pourtant se garder de conclure de là à l'existence d'un principe juridique : qu'Isaac recueille l'héritage religieux et le patrimoine de son père, quoi d'étonnant à cela? il a été enfanté miraculeusement en quelque sorte et justement pour continuer la race d'Abraham. Que celui-ci écarte ses autres fils au profit de « celui qu'il aime », on le conçoit aisément : il veut laisser à son héritier, au fils de sa femme Sara, laquelle exerce d'ailleurs sur lui une grosse influence, une possession paisible de sa fortune et éviter toutes

1 *Gen.*, XXV, 9.

2. *Gen.*, XXI, 11 : « Cette parole déplut fort aux yeux d'Abraham à cause de son fils (Ismael) ». Ce passage est d'autant plus curieux que Sara vient d'opposer Isaac à Ismaël : « le fils de cette servante n'héritera pas avec mon fils, avec Isaac », a-t-elle dit. Cf. aussi *Gen.*, XXV, 9 : « Isaac et Ismael, ses fils ». Il ne faut probablement reconnaître à ces termes aucune portée juridique. Ce passage ferait partie de l'*Elohiste*. V, p. 25, n° 2.

3. *Gen.*, XXII, classé dans l'*Elohiste*.

4. *Gen.*, XXV, 5-6, classé dans le *Yahviste*. Cf. p. 24, n° 5.

les compétitions qui pourraient surgir. Cette crainte de différends entre frères et ces précautions ne prouvent-elles pas au contraire que les fils des concubines ne sont pas exclus de la succession du père et qu'ils pourraient y prétendre? En fait, semble-t-il, c'est le patriarche qui désigne son successeur et qui le prend parmi tous ses fils comme il veut, de même que David peut *choisir* Salomon¹ et Roboam, Abija².

En plusieurs cas d'ailleurs entre les fils nés des concubines et les fils nés des épouses il existe une assimilation assez étroite : ainsi Abimélec, fils de la concubine de Gédéon, tue les autres fils de son père pour s'emparer du pouvoir; le texte porte : « il tua ses frères »³. Il ne semble donc opérer aucune distinction entre les divers enfants de Gédéon. Il est vrai que le mot פִּנְיָן employé ici a un sens assez vague : il signifie aussi bien *frater* que *consanguineus quiris*; nous le rencontrons au reste quelques versets plus haut se rapportant aux habitants de Sichem où était né Abimélec. — Nous voyons encore le I *Chron.* ne pas distinguer entre les fils suivant leur naissance, dans les généalogies de son deuxième chapitre⁴, mais négliger au chapitre suivant les fils des concubines de David⁵. Le fait le plus remarquable en cette matière est celui de l'assimilation dans la tradition biblique des fils de Bilha et Zilpa à ceux de Rachel et de Léa. Ce sont en effet tous ces fils qui ont formé la souche des douze tribus d'Israël : ce sont donc bien, au sentiment des Israélites, leurs descendants, tous à l'égard de Jacob, des fils légitimes et égaux en droit. Malgré tout, il convient d'observer à ce sujet que les ancêtres des tribus ayant joué un rôle plus considérable que les autres dans l'histoire nationale d'Israël nous sont représentés comme fils de Rachel ou de Léa, ainsi surtout : Lévi, Juda, Joseph et Benjamin⁶, tandis

1. I *Reg.*, I.

2. II *Chron.*, XI, 18-25.

3. *Jud.*, IX, 5. V. aussi IX, 21.

4. I *Chron.*, II, 46, 48.

5. I *Chron.*, III, 9.

6. Auxquels il faut ajouter Ruben, Siméon, Issacar et Zabulon.

que Dan et Nephtali, Gad et Aser, d'une moindre puissance, nous sont donnés comme issus de Bilha ou de Zilpa¹.

Il semblerait donc dangereux de prétendre que les fils des concubines étaient inférieurs en droits aux fils des épouses. Il semblerait également risqué d'affirmer qu'en fait ils étaient en tous points leurs égaux : la volonté du patriarche mettait parfois entre eux une différence²; l'origine plus basse des fils de la concubine les faisait parfois mépriser par les fils de l'épouse et l'on voit Jotham, fils de Gédéon, appeler Abimélec « fils de la servante » de son père³. Entre ces demi-frères les compétitions naissaient fréquemment et dégénéraient en luttes cruelles, aussi bien d'ailleurs qu'entre les fils des diverses épouses d'un même mari, aussi bien d'ailleurs qu'entre les fils de la même mère.

§ 5. — Nous devons maintenant étudier le cas le plus normal, semble-t-il : celui d'une union entre personnes libres et d'égale condition⁴.

1. V. Renan, *Histoire*, t. I, p. 362-363. Il nous importe peu de savoir si les traditions bibliques sur la formation des tribus et de la nation israélites sont ou non fondées; il nous suffit de retenir et d'étudier le concept de l'organisation familiale chez l'écrivain sacré et les Hébreux de son temps.

2. Le Code de Hammurabi (§§ 170-171) donne au père le pouvoir d'assimiler les fils de sa servante aux fils de l'épouse par une disposition expresse : dans ce cas, sa succession se partagera en parts égales, sauf, pour les enfants de l'épouse, le privilège de choisir les premiers. Sinon les enfants de la serve ne viendront pas à la succession, mais seront affranchis ainsi que leur mère à la mort du père. V. aussi les §§ 183-184 : les filles de concubines n'ont pas droit à la succession de leur père, seulement à un trousseau afin qu'elles puissent se marier.

3. Cf. p. 29, n° 2.

4. Mais, dira-t-on, n'y a-t-il pas encore un cas d'union inégale : celui où la femme est de condition sociale supérieure à celle de son mari? Nous avons déjà envisagé pp. 21 seqq. l'hypothèse où le mari est un esclave israélite. Avec un esclave ordinaire, à jamais réduit en servitude, l'enfant suivra sa mère : en effet, ou bien le maître de l'esclave aura voulu l'union (cf. Scheschan et Jarcha, I *Chron.*, II, 34-36) et, dans ce cas, aura eu pour mobile non l'intérêt de l'esclave, mais celui de la femme ou bien le sien propre s'il a puissance sur cette femme; ou bien il n'aura pas sanctionné l'union, il n'en aura rien su, et le fils sera probablement un *mamzer* (cf. infra). Le cas sera d'ailleurs très rare, croyons-nous.

Si au contraire on envisage l'hypothèse où le mari, sans être réduit en servitude, jouit cependant d'une condition sociale inférieure à celle de sa femme, que se passera-t-il? Nous ne pensons pas que, jusqu'à une date assez basse, la question ait pu se poser, étant donné la pratique du mariage par *mohar*; ici, en effet, dans

En cette hypothèse, le fils est, sauf exception, rattaché à la famille du mari de sa mère. Celui-ci s'est assuré un droit de puissance sur la femme en achetant cette dernière de ceux qui avaient droit sur elle, c'est-à-dire le plus souvent de ses père et mère. La forme la plus fréquente du mariage dans l'*Hexateuque* est en effet celle du mariage par achat¹. Nous dirions volontiers que c'est la seule, si nous ne rencontrions au c. XXIV de la *Gen.* la narration du mariage d'Isaac². Nous y voyons bien le serviteur d'Abraham partir pour chercher femme à Isaac, ayant à sa disposition tous les biens de son maître; nous le voyons faire de riches présents à Rébecca, à son frère Laban

le versement au père de la fiancée d'une somme fixée après mûre délibération, nous avons une garantie de l'égalité sociale des deux familles; en tout cas, le mari acquérant sa femme par un véritable marché, celle-ci devait suivre la condition de son époux. Il dut en être ainsi longtemps, tant que le mariage par achat n'eut pas disparu; au reste, nous n'avons guère d'exemples d'unions mixtes de ce genre, si tant est même qu'on puisse en voir une dans le mariage de David avec Mical (ce qui ne nous paraît pas possible); rien n'est dit en tout cas d'un sort particulier assigné au fils; celui-ci, comme dans toute union régulière, connue du droit hébraïque, suivra le père: la femme aussi, croyons-nous, suit son mari; ce n'est qu'après le mouvement d'émancipation que nous avons déjà signalé que ces mariages morganatiques à rebours sont totérés par l'opinion, passent dans les mœurs juives et nécessitent la maxime talmudique que nous avons rapportée en son temps (cf. supra, p. 38, n° 4).

1. Il y a bien des mariages par capture dans *Jud.*, XXI, 15-24; c'est peut-être là un vestige d'institutions disparues; il est difficile de l'affirmer; c'est en tout cas un phénomène isolé. Quant au *Deut.*, XXI, 10-14; *Jud.*, V, 30, ils ne prévoient pas de véritables mariages, mais des cas de concubinat servile: la prisonnière de guerre tombe en effet en esclavage. Cf. *Deut.*, XX, 14. W. Robertson Smith (*Kinship and Marriage in the early Arabia*, p. 93 seq) veut distinguer une autre forme de mariage en usage dans l'Arabie primitive: le *Ṣadiqah-Marriage* dans lequel la femme ne sort pas de sa famille, reçoit son mari chez elle et élève ses enfants qui appartiendront au clan maternel; le *ṣadāq* serait un prix donné à la femme elle-même qui s'appellerait *Sadiqah* et le mari *Ṣadiq*. Or, le mot *Ṣadiqah* signifie « aimée », « bien-aimée », comme le dit très bien le P. Jaussen (*Coutumes des Arabes au pays de Moab*, p. 49) qui ajoute: « S'il y a relations, elles sont hors du mariage. De plus, au point de vue grammatical, *ṣadāq* et *ṣadiq* ne peuvent dériver l'un de l'autre, mais par un procédé différent d'une racine commune *Ṣadāq*, suffisante pour expliquer les deux significations. » Les quelques mariages *Sadiqah*, que l'on pourrait avec quelque vraisemblance apercevoir dans la Bible, sont, d'après nous, des cas de concubinat, comme pour la mère d'Abimélec, concubine de Gédéon (*Jud.*, VIII, 31; IX, 57) ou même purement et simplement de mariage ordinaire, comme pour le mariage de Samson à Thimna (*Jud.*, XIV).

2. Ce texte fait partie du *Yahwiste*. Cf. p. 24, n. 5.

et à sa mère, mais il ne donne rien au père de la fiancée Béthuel. Il n'est donc point prouvé qu'il y ait ici une *coemptio*¹ et rien ne parle du versement d'une dot, d'un מוהר, *mohar* entre les mains du père. L'aliénation de Rébecca peut avoir été gratuite : chez les Bédouins actuels du pays de Moab, il arrive que les filles de cheikh, si la parenté de celui-ci est nombreuse, sont parfois données *en guise de cadeaux* à un parent; parfois on les donne à un autre cheikh pour cimenter une alliance (et cependant le mariage ordinaire comporte toujours un *mohar*)². Rébecca, donnée à son cousin, semble bien s'être trouvée dans une situation analogue.

Un peu plus haut au c. XII, 10-20³, Pharaon fait enlever Sara qu'il croit n'être que la sœur d'Abraham; il n'est pas question de *mohar*, mais, d'après nous, on peut voir dans le v. 16 le versement d'une dot : Pharaon « traita bien Abram à cause de Sara et Abram reçut des brebis, des bœufs, des ânes, des serviteurs et des servantes, des ânesses et des chameaux ». Ce ne sont point là, à notre sens, les simples cadeaux d'un souverain magnifique : nous pensons qu'il y faut voir la dot payée par Pharaon à Abram pour les épousailles de Sara; cette dot n'a pas été fixée d'un commun accord entre les parties, étant donné la situation éminente de l'une d'entre elles; mais justement Pharaon a voulu respecter l'usage et payer à Abram ce qu'il lui devait d'après la coutume. Au reste, en admettant même qu'il n'y ait là qu'un cadeau volontaire et gracieux, il ne faudrait peut-être point tirer de conclusion quant à la coutume israélite d'un acte du Pharaon égyptien.

Dans le c. XX⁴, Sara est enlevée par Abimélec, roi de Guérar : celui-ci ne verse point de dot, du moins le texte n'en dit rien⁵ mais l'acte de violence qu'est l'enlèvement pouvait-il

1. Nous employons ce mot ici et dans la suite de nos explications pour la facilité de l'élocution sans entendre rappeler l'institution romaine que, pris *stricto-sensu*, il désigne.

2. Cf. P. Jaussen, *op. cit.*, p. 48.

3. Ce texte est du *Yahwiste*. V. p. 24, n° 3.

4. Ce texte est de l'*Elohiste*. V. p. 25, n° 2.

5. L'écrivain est visiblement animé d'un souci apologétique : cela explique fort

comporter un *mohar*? peut-être d'ailleurs faut-il voir ici un souvenir, un vestige d'un ancien mariage par capture.

Le droit hébraïque ne connaissait donc peut-être pas de mariages sans *mohar*; en tout cas la coutume régulière dans le droit développé était que le fiancé versât au père de la jeune fille une certaine somme; le droit hébraïque le plus constant ne connaît que le mariage par achat qui donne au mari puissance sur la femme et les enfants qui en naîtront. L'exemple illustre est le mariage de Jacob travaillant sept ans pour obtenir Léa et sept autres années pour Rachel¹. On pourrait bien contester qu'il y ait là une véritable vente, étant donné surtout les versets 15 à 19 du c. XXIX de la *Genèse* d'après lesquels Rachel et Léa seraient simplement le *salaire* de Jacob. La question posée serait la forme du salaire et non l'achat d'une femme. Mais peut-être cela ne fait-il au contraire que renforcer le caractère d'objet de propriété qui semble imposé à la femme; quoi qu'il en soit au reste, Rachel et Léa disent de leur père qu'il les a vendues². Et cependant Jacob demande à

bien qu'il s'abstienne de mentionner tous les détails des événements qu'il relate, lorsque ces détails ne concourent pas directement au but qu'il cherche à atteindre.

1. *Gen.*, XXIX. Cette forme de mariage, où le fiancé achète la femme par ses services, est fréquente dans les peuplades indigènes de l'Amérique du Nord, — parfois obligatoire. Elle est pratiquée au Bengale concurremment avec le mariage par achat sous sa forme simple. Cf. *Grande Encyclopédie*, loc. cit., p. 1164, col. 1.

2. *Gen.*, XXXI, 14-15 : « Rachel et Léa répondirent (à Jacob) et lui dirent : Avons-nous encore une part et un héritage dans la maison de notre père? Ne sommes-nous pas regardées par lui comme des étrangères, puisqu'il nous a vendues et qu'il a mangé notre argent? »

הָלֹא נִכְרִיתִים נִחְשְׁבִנוּ לְךָ כִּי מִכְרָנוּ וְיָאָכַל גַּם-אֶכְּלֹל אֶת-נַכְסֵינוּ.

Nous ne méconnaissions d'ailleurs pas le blâme contenu dans ces propos vis-à-vis de Laban. Mais dans ce cas, dira-t-on, il faudrait tirer du texte la conclusion que le mariage par achat commence à être mal vu et que sa sphère d'application va diminuer; nous ne le croyons pas sans réserve: pour nous, l'indignation de Rachel et de Léa est provoquée par l'attitude de Laban et de ses fils: leur père n'acceptant pas la répartition des troupeaux opérée au profit de Jacob (cf. XXXI, 1-2), elles s'irritent et l'accusent, non tant de les avoir vendues, ce qui n'est à leurs yeux que la rupture du lien juridique qui les unit à lui (rupture dont elles semblent plutôt se féliciter amèrement), mais d'avoir « mangé leur argent »; elles lui reprochent de ne pas rémunérer de bon gré Jacob ainsi qu'il avait été convenu et d'être, par là, devenu pour elles un ennemi dont elles n'ont plus rien à attendre, « ni part, ni héritage ».

Laban de le laisser partir avec ses deux femmes¹, il a peur que son beau-père ne les lui enlève² et Laban, de son côté, affirme en parlant d'elles et de leurs enfants : « ces filles sont mes filles et ces enfants sont mes enfants »³. Le droit de Jacob sur ses femmes et leur progéniture serait donc loin d'être absolu, mais il semble qu'ici les acteurs de la scène biblique s'expriment bien plus sous la pression des faits que par de pures considérations juridiques : Jacob est isolé au milieu des fils de Laban qui lui sont hostiles, il remarque, après ses prélèvements sur le troupeau de son beau-père, « le visage de celui-ci ; et voici, il n'était plus comme auparavant »⁴. Sa crainte d'un coup de force s'explique ainsi et par conséquent son langage. Quant à Laban, nous serions porté à penser qu'il parle, mu par sa tendresse paternelle, bien plutôt que par la conscience d'un droit qu'il n'essaie point de réaliser ; il ne reproche d'ailleurs pas à son gendre d'être parti en emmenant ses femmes et ses fils, mais de ne lui avoir point permis de les embrasser⁵ ; enfin, il conclut avec Jacob une alliance⁶.

Au reste, le vocabulaire même employé en matière de mariage peut nous renseigner sur le caractère de cet acte ainsi que sur la portée de la puissance maritale : le verbe **מכר** dont se servent Rachel et Léa et qui signifie *vendit*, *desponsavit filiam*, sert aussi à l'auteur sacré pour parler des ventes de toute espèce, en particulier des ventes d'esclaves⁷ ; le

1. Gen., XXX, 26.

2. Gen., XXXI, 31.

3. Gen., XXXI, 43.

4. Gen., XXXI, 1-2.

5. Gen., XXXI, 26-28.

6. Gen., XXXI, 43-44 : « Laban répondit et dit à Jacob : ces filles sont mes filles ces enfants sont mes enfants, ce troupeau est mon troupeau et tout ce que tu vois est à moi. Et que puis-je faire aujourd'hui pour mes filles et pour leurs enfants qu'elles ont mis au monde ? Viens, faisons alliance, moi et toi. » — Les textes que nous avons cités ci-dessus pour le mariage de Jacob sont classés soit dans le *Yahviste*, soit dans l'*Elohiste* (sauf retouches postérieures) Cf. supra, p. 24 n° 3 et 25 n° 2.

7. Ex. XXI, 7 : **יִמְכֹּר**. — Lévi. XXV, 39.

mot de מוהר *mohar*¹ et l'institution qu'il désigne de la dot payée par le fiancé aux parents de sa femme, indiquent bien une vente de la femme au mari. Sicheu, fils de Hamor, propose à Jacob et à son fils une forte dot et beaucoup de présents pour en obtenir Dina²; David, lorsqu'on lui apprend que le Roi Saül serait assez disposé à le prendre pour gendre, riposte : « Moi je suis un homme pauvre et de peu d'importance ». A quoi, Saül fait répondre : « Le Roi ne demande point de dot »³. Peu de temps après, il est vrai, Saül devenu ouvertement l'adversaire de David, donne sa fille Mical à Palthi de Gallim⁴, à qui d'ailleurs David la reprit bientôt⁵. Ce ne sont là que les conséquences de la rivalité des deux rois, il n'y faut probablement pas attacher un sens juridique; il suffit de retenir l'obligation incombant en principe au fiancé de payer une dot aux parents de la jeune fille. David lui-même, réclamant sa femme à Isch-Boscheth, fils et héritier de Saül et *goel*⁶ (tuteur) de sa sœur Mical, invoque la prestation qu'il a fournie au père afin d'en obtenir la fille⁷; de même que Jacob, David, au lieu de payer un *mohar* en argent, a acquis Mical en accomplissant des services personnels.

Cette dot, ce מוהר *mohar*, au moins au début, n'est pas destiné à servir de preuve au mariage, de marque extérieure qui le fasse reconnaître; il n'est point ce que fut à un moment du droit romain l'*instrumentum dotale*, ni la *conscriptio conjugii* dont parle le livre de Tobie⁸; ce n'est pas non plus le

1. « Pretium quo sponsa parentibus ejus soluto emitur » (Léopold : *Lexicon Hébraicum*).

2. *Gen.*, XXXIV, 14, classé dans le *Yahwiste*. Cf. p. 24, n° 3.

3. I *Sam.*, XVIII, 23 et 25. Ces versets, ainsi que les textes des I et II *Sam.* cités dans cette page, feraient partie d'un document yahwiste ressemblant au J du *Pentateuque*, sans cependant qu'on puisse les identifier. Cf. *supra*, p. 20 n. 1 et 29 n. 2.

4. I *Sam.*, XXV, 44. Mical devait être dans la situation de la jeune fille fiancée, que nous étudierons plus loin.

5. II *Sam.*, III, 14-16.

6. Nous expliquerons ce mot lorsque nous parlerons du lévirat.

7. II *Sam.*, III, 14.

8. *Tob.* VII, 16. Le livre daterait du début du II^e siècle avant le Christ. — Est-il besoin de faire remarquer à ce propos que le versement du *mohar* n'a jamais

symbole du transfert d'un droit du père au mari, c'est réellement un prix de vente qui peut atteindre une somme importante, qui n'appartiendra pas en propre au père, mais qui va, croyons-nous, tomber dans le patrimoine familial : il est en effet curieux de remarquer comment les fils déjà d'un certain âge sont appelés à consentir au mariage et sont sollicités par le fiancé, par exemple, dans l'aventure de Sichem, par exemple encore dans les fiançailles de Rébecca, où le frère de celle-ci, Laban, consent au mariage en même temps que son père Béthuel¹. Nous sommes à une époque de copropriété familiale : tous ceux qui peuvent prétendre à exercer eux-mêmes leurs droits sur la *familia pecuniaria*, c'est-à-dire en particulier les fils arrivés à un âge convenable pour ce faire, doivent consentir au moins aux aliénations importantes, nous dirions presque aux aliénations de *res Mancipi*.

Ce caractère de prix d'achat, de contre-prestation d'une valeur fournie, se marque encore dans quelques dispositions pénales de la Thora : « Si un homme séduit une vierge qui n'est point fiancée², il paiera sa dot et la prendra pour femme. Si le père refuse de la lui accorder, il paiera en argent la

constitué la célébration du mariage en elle-même ? c'est un acte préliminaire qui rend possible le mariage, mais ne l'effectue point : celui-ci n'est contracté, au moins dans les temps de haute antiquité et peut-être même jusqu'à une date basse assez difficile à préciser, que par la possession physique de la femme par son époux : témoin le mariage de Jacob avec Léa : Jacob qui a été trompé par Laban ne songe cependant pas à se plaindre ; le mariage a été valablement contracté. Il faut noter à cette occasion que les cérémonies qui ont toujours accompagné le mariage israélite (dont il est question lors du mariage de Samson à Timna, *Jud.* XIV, 10-18, v. aussi *Tob.* VIII-X) n'ont jamais été fixées par le droit matériel et, chose particulièrement curieuse, sont restées en dehors des réglementations pourtant si minutieuses des lois religieuses ; c'est que le mariage est une affaire d'ordre privé, strictement familial, et qui n'entre dans la sphère du *fas* ou du *jus* que par ses conséquences, en particulier par la naissance des enfants. Nous reprendrons cette idée dans la suite de nos explications.

1. *Gen.* XXIV, 50-51 : « Laban et Béthuel répondirent : ... Voici Rébecca devant toi : prends et va et qu'elle soit la femme du fils de ton seigneur ». Ce texte fait partie du Yahwiste v. p. 17, n. 1. Il n'est d'ailleurs pas prouvé qu'il y ait ici une *coemptio* (cf. supra p. 33). Mais quoi qu'il en soit, nous pouvons retenir de ce texte le seul fait que Laban répond avec son père et consent lui aussi au mariage, — ce qui nous autorise à supposer l'existence d'une sorte de communauté familiale.

2. Voir l'interprétation de ces termes, p. 55.

valeur de la dot des vierges¹. » Cette loi a une intention pénale²; elle veut, en ce temps de délits privés, accorder au père un dédommagement, une indemnisation pour le préjudice qui lui a été porté; la jeune fille est dépréciée, si nous osons dire; sa valeur du point de vue familial va se trouver diminuée: elle est en effet déshonorée, selon l'expression du *Deutéronome*³, et va devenir d'un placement difficile⁴. Un remède est que le séducteur épouse sa victime et répare ainsi ses torts. Mais les parents de la jeune fille, poussés par des considérations d'ordre moral ou matériel, notamment parce que leur gendre ne serait pas d'une condition égale à la leur, peuvent ne pas vouloir cette union; ils auront donc la latitude de refuser leur consentement, mais, afin que le dommage soit réparé dans la mesure du possible, en toute hypothèse le séducteur devra payer « la valeur de la dot des vierges⁵ ». Quelle est cette valeur? Peut-on croire que les cinquante sicles d'argent dont parle le *Deut.* XXII, 28-29⁶ en prévoyant un cas analogue, représentent le montant de cette dot? Il faut remarquer tout d'abord qu'il s'agit dans ce texte d'un viol et non

1. *Ex.* XXII, 16. Habituellement classé dans le Code de l'Alliance. Cf. p. 50, n. 5.

2. Il est curieux de constater que la législation mosaïque ne considère pas d'un très mauvais œil ce que nous appellerions aujourd'hui la « chute » d'une jeune vierge non engagée en des liens matrimoniaux; le séducteur ne subit d'autre peine que le paiement du *mohar* — ce qui peut n'être plus une peine s'il épouse la jeune fille — (sauf cependant la vengeance des parents, cf. l'aventure de Sichem, celle d'Absalom et de Tamar. V. également *Lév.* XXI, 9; v. aussi *Gen.* XXXVIII, 24). Aucune sanction n'est prévue contre la jeune fille, mais il faut retenir qu'elle est soumise à la juridiction paternelle. Comparer avec les peines de l'adultère (p. 55). V. d'ailleurs sur les coutumes des Kabyles et des tribus de l'Ouest de Victoria Westermarck *op. cit.* p. 62.

3. XXII, 28-29.

4. Étant donné surtout la loi de suspicion. *Deut.* XXII, 13-21.

5. Le texte hébreu est conçu en termes peut-être moins absolus que la traduction citée par nous : כֶּסֶף יִשְׁקֹל כְּבוֹדָהּ הָבְתָהּ לֵת — Nous traduirions de façon très abrupte : « Il pèsera une somme d'argent comme le mohar des vierges » ie « égale au mohar des vierges » et préférierions éliminer le mot *valeur*.

6. « Si un homme rencontre une jeune fille vierge non fiancée, lui fait violence et couche avec elle et qu'on vienne à les surprendre, l'homme... donnera au père de la jeune fille 50 sicles d'argent; et parce qu'il l'a déshonorée il la prendra pour femme et il ne pourra pas la renvoyer tant qu'il vivra ». — Cette péripécie est classée par M. Steuernagel dans les lois anciennes de l'*Urdeutéronomium*, dont le même critique place la rédaction 697 av. J.-C.

plus d'une séduction, ensuite qu'il serait singulier que la Loi ait fixé pour la dot un taux applicable à toute la population juive où se trouvaient mêlés des gens de toutes classes et de toutes fortunes. Si au contraire cette disposition prévoit purement et simplement une amende ou plutôt fixe le tarif d'une composition, nous en comprendrons mieux l'universalité; peut-être une composition aurait-elle été déterminée pour réparer l'injure : l'auteur du viol devra au père les 50 sicles, plus le *mohar* pour sa fille; il ne paiera que les 50 sicles si la fille ne lui est pas accordée¹. Cette interprétation pourrait-elle s'appuyer sur un passage de Josèphe d'après qui le séducteur ne devra verser les 50 sicles que s'il ne convient pas au père de lui donner sa fille²? Évidemment la doctrine de Josèphe, qui est aussi celle des rabbins³, est en contradiction avec la péricope deutéronomique; mais ne pourrait-on l'expliquer en disant qu'il s'est opéré une confusion entre le *mohar* et l'amende et que celle-ci n'a conservé d'existence propre que dans le cas où le père refusait de toucher le *mohar*?

Nous l'avouons, cette théorie ne nous satisfait pas pleinement et, lorsque nous reprenons le texte deutéronomique, nous nous demandons s'il ne convient pas d'y voir tout autre chose⁴; il est remarquable, en effet, qu'il n'y soit point parlé du

1. Le mot « frapper d'une amende » *mulctare* מִלְכָּתוֹ est dans l'*Ex.* XXI, 22 (qui fait partie du Code de l'Alliance) et dans le *Deut.* XXII, 15-19 (qui fait partie des Lois des anciens, comme XXII, 28-29 cf. supra p. 48, n. 6). Dans ces deux textes (qu'il est intéressant d'analyser) le délit réprimé par l'amende est le délit d'injures; l'amende est déterminée arbitrairement par celui qui a puissance sur la victime d'après l'*Exode*; elle est au contraire fixée par la loi à 100 sicles dans le *Deutéronome*. Ne peut-on corroborer par cette observation les conclusions du droit comparé et dire que selon toute vraisemblance, le délit d'injures est le premier pour lequel le droit ait obligé les parties à composer et ait même fixé un tarif? cf. les dispositions pénales des XII Tables (Tab. VIII, §§ 3-4 de la restitution de Dirksen).

2. *Antiq.* IV, VIII, 25 : Ὁ φθείρας παθρόνον μήπω θατεγγυμένην αὐτὸς γαμέτω. Ἦν δὲ τῷ πατρὶ τῆς κόρης μὴ δόξῃ συνοικίσειν αὐτῷ, πεντήκοντα σίκλους τιμὴν τῆς ὕβρεως καταβάλλετω.

3. Siphre 118 b [LGL] Ketouboth 39-40.

4. On a voulu y voir « le minimum à l'époque biblique » du douaire constitué à la femme par le mari (cf. Lévy *La famille dans l'antiquité Israélite*, p. 167). Cette théorie est condamnée par le texte même : les 50 sicles sont versés au père; il n'est question ni de contrat, ni de douaire.

mohar, comme dans l'*Ex.* XXII, 16 déjà cité et cette carence ne laisse pas de nous impressionner. Si nous acceptons la date assignée l'*Urdeuteronomium* par M. Steuernagel — ce qui serait beaucoup — si du moins nous croyons à un remaniement du texte mosaïque, à une recension exécutée vers le début du VII^e siècle, avant le Christ — ce qui n'est point inadmissible, nous pourrions apercevoir dans le *Deut.* XXII, 28-29, la trace d'une évolution juridique par ailleurs esquissée dans le *Lévitique* et dans le livre de *Ruth*¹. Ces deux recueils nous montrent, en effet, que la femme répudiée sans enfants ou veuve peut retourner dans la maison de son père et se remarier; dans le cas de répudiation, selon toute probabilité, en admettant que le mari ait versé un *mohar*, il l'aura repris au moins en partie, mais au cas de veuvage, la femme sort de la famille de son mari sans rien rembourser au patrimoine de celle-ci; il ne subsistera de l'ancien concept suivant lequel la femme est copropriété familiale qu'un lévirat déjà affaibli et, s'il y a des enfants, la veuve pourra se retirer librement; d'autre part, dès le schisme de Jéroboam, il n'est plus explicitement question de *mohar* dans les livres historiques. Ces motifs nous poussent à ne voir dans le *Deut.* XXII, 28-29 qu'un tarif de composition comme nous l'avons déjà exposé et non une fixation du *mohar*², bien plus, à y trouver un indice de la disparition de ce même *mohar*; les 50 sicles devront, d'après le législateur deutéronomistique, être payés et la jeune fille prise pour femme par son séducteur; mais, il est aisé de le comprendre, bientôt, sinon même dès la mise en vigueur de la loi, le gendre ne paya plus l'amendé à son beau-père et l'argent ne fut réellement versé que si le mariage n'avait pas lieu, ce qui explique la doctrine de Josèphe. Il est certain en toute hypothèse que, si le *mohar* n'avait pas disparu avant

1. Cf. *Lév.* XXII, 12-13; *Ruth* I, 8-9; pour la date du *Lév.* cf. p. 33, n. 3. Kautsche et Duhm (*Alttestamentliche Literaturgeschichte*) datent le livre de *Ruth* de 458 à 445.

2. Au Dahomey, d'après Westermarck (*op. cit.* p. 62) le séducteur d'une fille est obligé à l'épouser et à payer une amende au père ou au maître. — Chez les Tougouses, le séducteur épouse la fille et paie le prix qu'on en réclame.

Manassé, il n'existait plus depuis longtemps à l'époque de la rédaction de *Tobie*¹, où nous sont donnés les détails de la célébration du mariage : outre les fêtes et les festins qui ont marqué, dès les temps de la *Genèse*, la conclusion du contrat, on rédige un *instrumentum* constatant l'accord des contractants, leurs engagements et probablement le montant du douaire constitué par le mari à la femme² ; il n'est plus question de *mohar* ; bien au contraire, c'est Raguel, père de la fiancée, Sara, qui donne à Tobie la moitié de ses biens incontinent et lui lègue l'autre moitié³.

Si donc le *mohar* a disparu à un moment de l'évolution juridique israélite, il n'apparaît pas que tant qu'il a existé comme institution florissante, il ait été fixé à une prestation déterminée : il semble, au contraire, soumis à des fluctuations diverses et considéré comme la contre-prestation fournie en échange de la femme. Jacob travaille quatorze ans pour avoir Rachel et Léa ; Caleb donne sa fille Acsa à Othniel parce que celui-ci a pris Kirjath-Sepher⁴ ; Saül demande à David cent prépuces de Philistins pour lui céder Mical ; Osée, le prophète, sur l'ordre de l'Éternel, achète une femme « pour 15 sicles d'argent, un homer d'orge et un léthec d'orge »⁵. Mais évidemment un prix moyen aura pu se déterminer selon les classes du peuple et selon les régions : c'est pourquoi l'*Exode* parlera de la valeur de la dot des vierges⁶. S'il nous est loisible de faire appel pour éclairer mieux cette matière si obscure aux traditions et aux coutumes actuelles des Bédouins de Moab, nous voyons que le *mahar* (*mahr*) a une valeur très

1. V. p. 46, n. 8.

2. *Tob.* VII, 16-17 « ...καὶ λαβὼν βιβλίον, ἔγραψε συνγραφὴν καὶ ἐσφραγίσατο. disent les Septante dans le Codex Vaticanus. — Καὶ ἐκάλεσεν τὴν μητέρα αὐτῆς καὶ εἶπεν ἐνεγκεῖν βιβλίον καὶ ἔγραψεν συνγραφὴν βιβλίου συνοικίσεως καὶ ὡς δίδωσιν αὐτὴν αὐτῷ γυναῖκα κατὰ τὴν κρίσιν τοῦ Μουσέως νόμου — dit le Codex Sinaiticus. « Et accepta charta, fecerunt conscriptionem conjugii » dit la Version de St. Jérôme,

3. *Tob.* VIII, 24.

4. *Jos.* XV, 16-17.

5. *Os.* III ; 2.

6. Cf. à ce sujet p. 48, n° 5.

diverse selon les tribus : des filles peuvent par exemple entrer dans sa composition « Chaque demande de mariage fait surgir de nouvelles exigences¹.... Le *mahar* constitue vraiment un prix ou un achat »². Dans le code de Hammurabi nous retrouverions une institution analogue mais déjà évoluée et en voie de disparition : dans cet état du droit en effet, le fiancé doit payer à son futur beau-père une somme d'argent à déterminer, la *tirhatu*³ mais d'autre part le beau-père doit remettre à son futur gendre une dot, la *šerigtu*⁴ ; il semble donc qu'il ne convient guère de voir dans la *tirhatu* un prix d'achat à proprement parler, d'autant que son paiement n'est point obligatoire⁵ ; elle semble n'être qu'une simple garantie contre la rupture des fiançailles : elle est en effet versée au moment des *sponsalia*⁶. Au fond nous croyons qu'il convient de voir en elle le vestige d'une institution déjà passée, et faisons nôtre la pensée de M. Cuq, pour qui elle « n'est plus qu'un souvenir de l'époque où le mariage par achat était usité »⁷.

Ainsi donc le *mohar*, après avoir été réellement le prix de la femme, finit par disparaître et le mari acquiert puissance sur son épouse non plus par l'effet d'une vente, mais par le simple effet du contrat de mariage⁸.

Cette puissance maritale apparaît, cette naissance d'un droit nouveau sur la femme et la rupture au moment du mariage de liens anciens se marque dans le *Lév.* XXI, 5 et *Ezech.* XLIV, 25.

1. P. Jaussen, *op. cit.*, p. 50. Souvent le père ayant reçu une partie du *mahar* demande une somme plus forte, mais il ne peut rompre les négociations, s'ils a reçu un acompte.

2. Jaussen, p. 49. Il semble bien d'ailleurs qu'il se détermine un *mahar* moyen, un usage dans chaque tribu. — « Le prix doit être regardé comme une compensation pour la perte que le père a subie en donnant la fille et comme rémunération des dépenses, encourues pour l'entretien de celle-ci jusqu'au moment de son mariage » (Westermarck, *op. cit.*, p. 385).

3. §§ 165, 164, 166.

4. Le P. Scheil traduit « trousseau » dans sa première édition.

5. Hammurabi § 159.

6. § 159.

7. *Revue biblique internationale*, 1905, pp. 351-368.

8. Il sied de signaler que la puissance maritale semble avoir subi quelques atteintes et s'être affaiblie au cours des temps.

Ces deux textes dérogent aux dispositions interdisant au prêtre de se rendre impur en s'approchant d'un cadavre : cette prohibition sera levée lorsqu'il s'agira d'un proche parent et parmi les proches est comptée « la sœur encore vierge, qui le touche de près lorsqu'elle n'est pas mariée »¹. C'est donc que par son mariage la femme sort de la famille paternelle; peut-on invoquer ici l'action d'une puissance maritale? Nous serions porté à le croire²; mais il est curieux de constater que l'épouse n'est pas mentionnée comme proche parente dans les passages ci-dessus cités; rien n'indique donc qu'après avoir quitté la famille de son père, la femme rentre dans celle de son mari. Y a-t-il là simplement une omission, une négligence? Le pouvoir marital qui aurait primitivement expliqué la rupture des liens entre la femme et sa famille originelle, s'affaiblit-il au point que l'on retienne encore le premier effet, mais qu'on ait oublié le second qui était le passage de l'épouse dans la famille de son mari?

Nous croyons assez intéressant de signaler à ce propos la différence qui existe entre les rédactions de l'*Ex.* XX, 17 et du *Deut.* V, 21. Le premier de ces textes dit : « Tu ne convoiteras point la maison de ton prochain; tu ne convoiteras point la femme de ton prochain, ni son serviteur, ni sa servante... ni aucune chose qui appartienne à ton prochain ». La femme est donc mise ici au nombre des choses qui peuvent faire l'objet d'une appropriation, elle fait partie de la *maison* de son mari, elle est rangée en un mot dans sa *familia*. Dans le *Deutéronome* il est dit : « Tu ne convoiteras point la femme de ton prochain; tu ne désireras point la maison de ton prochain, ni son champ, ni son serviteur... ni aucune chose qui appartienne à ton prochain ». La condition de la femme ne s'est-elle pas améliorée? on la distingue maintenant de la

1. *Lév.* XXI, 3. *Ezech.* dit : « une sœur qui n'était pas mariée ». Le passage du *Lévitique* est classé dans la Loi de Sainteté, v. p. 53, n° 3. Nous rappelons qu'Ezechiel a prophétisé durant l'exil.

2. On aurait là une conséquence de la puissance maritale analogue à l'un des effets de la *manus* romaine, sans que l'on réussisse d'ailleurs à apercevoir nettement en droit hébraïque les autres caractéristiques de la *manus*.

familia et l'on reconnaît de façon plus formelle sa personnalité¹.

Nous trouverions encore une consécration de la puissance maritale dans les noms mêmes dont la langue hébraïque désigne le mari. A part le mot *איש* trop général, puisqu'il signifie *vir* et même *homo*, les mots de *בעל* et de *אדון* sont pour nous intéresser vivement. Le premier signifie en même temps que *mari*, *dominus*, *possessor* et se rattache à la racine verbale *בָּעַל* qui marque une idée de possession², il est employé avec toute sa force dans *Osée* II, 18 : « En ce jour-là, dit l'Éternel, tu m'appelleras « mon mari » (*אִישִׁי*) et tu ne m'appelleras plus « mon maître » (*בַּעְלִי*)³. L'autre vocable a pour sens divers : *maritus*⁴ et *dominus herus*, *possessor*. Précédé de l'article et pris absolument, il désigne Yahweh, Dieu d'Israël⁵. Enfin un texte de la *Genèse* indique de façon explicite cette prééminence du mari qu'il a soin de souligner : « L'Éternel dit à la femme : j'augmenterai tes souffrances et tes grossesses, tu enfanteras avec douleur et tes désirs se porteront vers ton mari, mais il dominera sur toi⁶. »

Tout le droit hébraïque nous montre que le mari

1. Remarquer la différence des verbes employés par le *Deut.* : *convoiter* *חָבַד* et *désirer* *אָהַב* (employé au hithpa'el). Le passage de l'*Exode* fait partie du Décalogue qui est souvent regardé par les rationalistes comme un élément secondaire de l'Elohiste. — Quant au *Deut.* V, 21, il ferait partie, d'après M. Steuernagel, de l'encadrement donné à la partie législative du Deutéronomiste peu de temps après sa découverte en 622, toujours av. 607. Pour la critique Catholique, v. les passages de M. Touzard que nous citons p. 34.

2. On le trouve dans *Gen.* XX, 3, *Ex.* XXI, 3, 22, *Deut.* XXII, 22; II, *Sam.* XI, 26, etc.

3. Osée prophétisa entre 755 et 735 environ, mais le texte que nous citons, est considéré comme interpolé et de provenance différente.

4. V. *Gen.* XVIII, 12 où Sara qualifie ainsi Abraham. Cf. *Jud.* XIX, 26 bien qu'il s'agisse là d'une concubine; le mot *אָדוֹן* est employé concurremment avec *אִישִׁי*. v. auss. I *Reg.* I, 17-18.

5. C'était un *Qré* perpétuel : on lisait dans les lectures publiques le mot *אָדוֹן* chaque fois qu'on rencontrait dans le texte sacré le tétragramme divin *יהוה* incommunicable.

6. *Gen.* III, 16. Ce texte est classé dans le Yahwiste, v. p. 24, n° 3.

exerce un pouvoir sur sa femme. Sur la personne de celle-ci d'abord, il a des droits exclusifs : si par malheur elle a commerce avec un autre que son époux, elle et son complice sont punis de mort¹. De même au cas où une jeune fille est fiancée, ou plus exactement, croyons-nous², au cas où une jeune fille mariée qui n'a pas encore cohabité avec son mari³, est connue d'un autre homme, ce dernier est toujours puni de mort; la jeune fille, suivant les circonstances, est lapidée ou laissée sans châtiment⁴.

Nous reconnaissons d'ailleurs que c'est l'essence même du mariage, tel que le conçoit la civilisation hébraïque, qui est ici défendue, bien plutôt qu'un droit de puissance du mari. La femme doit appartenir à un seul homme auquel elle doit donner une postérité : l'adultère, qui enfreint cette loi et peut nuire à la descendance du mari, est un crime et ce crime est jugé du point de vue du droit criminel et religieux. Ce n'est point le mari, tel un *pater* romain, qui prononce la sentence et l'exécute; nous sommes à une période où une justice criminelle, organisée par un pouvoir public, a déjà apparu et a restreint les pouvoirs du mari et ceux du père.

Dans le domaine du droit privé et du droit religieux la législation sur les vœux prouve encore la situation inférieure de la femme vis-à-vis de son époux. Celui-ci a le pouvoir d'annuler les vœux fait par sa femme à l'Éternel et même plus généralement tous les engagements pris par elle : les promesses de celle-ci ne deviendront valables que si, le jour où il en aura

1. *Lev.* XX, 10. *Deut.* XXII, 22.

2. Cf. Rabinowicz; « *Législation civile du Thalmud* », t. I, p. XXIII seqq.

3. Ce qui était fréquent; le contrat constatant le mariage était rédigé longtemps avant la cohabitation des époux, un an avant d'après la *Mischnah* Khetouboth 57a c'est à cet espace de temps que se rapporte l'exemption du service militaire dont il est parlé au *Deut.* XX, 7 et XXIX, 5, cf. Rabinowicz *loc. cit.* et p. 398.

4. *Deut.* XXII, 25-27 (fragment de la Loi des Anciens classée par M. Steuernagel dans l'*Urdeuteronomium* rédigé au début du règne de Manassé vers 697 av. le Christ) v. également *Lév.* XIX, 20 (fragment de la Loi de Sainteté cf. p. 53, n° 3). — Une doctrine semblable se retrouve dans le Code de Hammurabi : le § 130 punit de mort « l'homme qui couche avec la femme d'un autre encore vierge et qui demeure encore dans la maison de son père »; la femme sera relâchée.

connaissance, le mari les approuve ou simplement garde le silence¹.

De tout cela il semble donc résulter que dans la civilisation hébraïque le mari a eu sur la femme une réelle puissance ; on croit saisir à certains indices les traces d'une évolution qu'il est presque impossible de préciser. La femme Israélite a été plus libre, juridiquement parlant, que la matrone Romaine. Tout en sentant sur elle peser, surtout dans les temps les plus anciens, le pouvoir patriarcal ou marital, elle n'a probablement pas connu la rigidité de la *manus*. Si elle a dû parfois s'incliner devant un lévirat inévitable, elle n'a point été soumise, au moins dès une époque assez reculée, à la tutelle de ses agnats : la femme veuve ou répudiée peut se lier par un engagement quelconque ;² elle peut élever ses enfants librement et pourvoir elle-même à leur mariage. L'influence des matrones sur leur temps peut avoir été grande et leur action sur les événements considérable ; la femme dans la Bible, des prophétesses Marie et Déborah³ à la reine Esther, joue un rôle plus important encore, en tous cas plus apparent. Bien que le plus souvent dans une situation inférieure à celle de l'homme⁴ à qui elle est humblement et craintivement soumise et dont elle n'a point la force physique, bien que plus rarement choisie par Dieu comme instrument de ses volontés, elle nous est montrée à plusieurs reprises par l'auteur sacré intervenant soit par son pouvoir de séduction, soit par une mâle énergie et un haut courage dans le cours des événements pour le modifier et le diriger. Son action plus directe que celle de la femme Romaine, est pour nous plus visible et peut-être exige-t-elle plus de vertus profondes et une âme plus grande.

1. Num. XXX, 7-16. Ce texte fait partie du Code Sacerdotal et aurait été rédigé aux environs de 500 av. J.-C.

2. Num. XXX, 10.

3. Cf. Renan, *Histoire*, I, p. 300-309 ; v. Michée, VI, 4.

4. La Bible la considère d'ailleurs, surtout dans les livres les plus récents, comme une auxiliaire de grande valeur pour son mari. Cf. le portrait si intéressant que traçent les *Prov.* XXXI, 10-31 de la femme vertueuse.

La puissance maritale trouve sa conséquence normale et son achèvement dans la puissance paternelle¹. Nous voyons, en effet, celle-ci exister au profit du *pater* sur ses enfants, nous pouvons même peut-être distinguer à son sujet une évolution ou plutôt une régression. La puissance paternelle se remarque en particulier dans l'obligation pour le fiancé de remettre aux parents de la jeune fille, comme nous l'avons dit plus haut, une dot, un *mohar*. La dot nous paraît être ou tout au moins avoir été pendant longtemps, jusqu'au milieu du VII^e siècle et peut-être plus tard encore, la contre-prestation fournie par le futur mari à la famille de sa fiancée pour la dédommager et l'indemniser de la perte d'un de ses membres.

La puissance paternelle apparaît ensuite en diverses dispositions ayant trait au statut personnel des enfants. Peut-être pourrait-on découvrir dans le sacrifice d'Isaac par Abraham ou dans l'accomplissement du vœu de Jephthé⁵ l'exercice d'un *jus vitæ necisque*; nous ne le croyons cependant pas : outre que les rationalistes voient dans ces textes un dessein étiologique qui leur en fait plus encore suspecter l'authenticité, nous pensons, tout en regardant comme établie la substantialité des faits⁴, qu'ici l'intervention divine enlève à l'acte du patriarche comme à celui du Juge toute portée juridique. C'est là un phénomène sporadique; nous ne pouvons y voir l'application d'une règle coutumière. Le *Deut.* XXI, 18-21⁵ marque à la fois

1. Nous ne croyons pas inutile d'en dire quelques mots afin de préciser la situation du fils dans la famille et de présenter — autant qu'il sera en notre pouvoir — un tableau d'ensemble à ce sujet.

2. *Gen.* XXII, 1-14. Cette péripécie fait partie du document Elohistes, v. p. 25, n. 2.

3. *Jud.* XI, 50-40.

4. Bien qu'on discute encore sur le texte des *Juges* et que certains exégètes n'y veuillent voir que la consécration de la jeune fille à Yahweh par le respect perpétuel de sa virginité.

5. « Si un homme a un fils indocile et rebelle n'écouter ni la voix de son père, ni la voix de sa mère, et ne leur obéissant pas même après qu'ils l'ont châtié, le père et la mère le prendront et le mèneront vers les anciens de sa ville et à la porte du lieu qu'il habite. Ils diront aux anciens de la ville : Voici notre fils qui est indocile et rebelle, qui n'écoute pas notre voix et qui se livre à des excès et à l'ivrognerie. Et tous les hommes de sa ville le lapideront et il mourra ». Ce texte fait partie de l'*Urdeuteronomium*, lois des Anciens, cf. p. 48, n. 6.

l'existence au profit du père d'un pouvoir sur la personne de ses enfants et l'amoindrissement de ce pouvoir : nous y voyons ordonnée l'intervention obligatoire des autorités publiques, c'est-à-dire des anciens, lorsque les père et mère voudront prendre contre leur fils indocile et incorrigible la sanction suprême : la mort¹. Est-ce à proprement parler un jugement que prononcent les anciens sur l'accusation des parents? est-ce simplement un contrôle que la loi les appelle à exercer sur la décision de ceux-ci? il importerait de répondre à ces questions afin de mesurer l'étendue du pouvoir paternel : malheureusement le texte n'est point assez clair pour nous le permettre : nous serions porté à adopter plutôt la première hypothèse, car la rédaction de la péricope est analogue à celle de la plupart des autres dispositions pénales qui exigent jugement et condamnation². Peut-être au reste peut-on considérer ces anciens comme composant une espèce de *concilium propinquorum*. En tout cas le texte prouve peut-être l'existence dans les temps antérieurs d'un *jus vitæ necisque* qu'il ne semble certes pas créer, mais dont il paraît bien plutôt limiter et régler l'exercice; il prouve certainement au profit des parents l'existence d'un pouvoir de correction assez large, puisque, nous semble-t-il, ils l'exercent librement et ne subissent un contrôle que pour l'application de la dernière peine³. Ce pouvoir est tel, d'après nous, que les parents peuvent arrêter et détenir leur fils : ils le « prennent et le mènent vers les anciens »; supposer que le fils se prêtait de plein gré à cette démarche, nous semble difficile; il faut donc que les père et mère aient eu le droit de le priver de sa liberté. A ce pouvoir de correction, le fils reste soumis durant toute la vie de ses parents ; le *Deut.* nous montre, en effet, un enfant établi dans sa ville⁴, séparé de ses parents, d'après les termes employés,

1. D'après Hammurabi, un père ne doit pas renier son fils pour un crime grave : une première fois il fermera les yeux, la deuxième il sévira (§ 169).

2. V. par ex. *Deut.* XVII, 2-5, surtout le dernier verset.

3. Ce pouvoir de correction est indiqué en de nombreux passages bibliques. Cf. vg. *Deut.* VIII, 5 ; *Prov.* XIII, 24 ; XIX, 18 ; XXII, 15 ; etc.

4. שָׁעַר בֵּיתוֹ מוֹ עִירוֹ.

par conséquent, peut-on dire, arrivé à l'âge adulte; le *Deut.* ne détermine pas de majorité et laisse le fils vis-à-vis de ses parents dans une situation analogue à celle du fils de famille vis-à-vis du *pater* romain. *Vis-à-vis de ses parents*, disons-nous, en effet nous voyons dans le texte qui nous occupe ainsi qu'en bien d'autres passages¹, la mère collaborer avec son mari pour redresser leur fils indocile, pour le châtier au besoin: il faut, pour demander la peine capitale, que les deux époux se rendent ensemble devant les juges et tous deux réclament justice. C'est en effet une différence remarquable entre le droit hébraïque et la plupart des droits aryens que cette reconnaissance du droit de la mère, que cet accès qui lui est donné à la scène juridique. Elle ne joue pas seulement un rôle de second plan fait de secrète diplomatie et d'influence occulte, mais elle paraît au grand jour à côté de son mari, armée sinon d'un pouvoir de décision propre, du moins d'un droit de conseil reconnu par la loi².

Une autre particularité du texte cité plus haut est qu'il ne vise que le fils et non la fille³. Il n'est nullement besoin en effet d'user à l'encontre de celle-ci de tels moyens pour la réduire; la fille est faible et ne quittera la famille qu'à son mariage: une rébellion lui sera conséquemment plus difficile sinon impossible. Une fois mariée, elle sera sous la puissance maritale et ce sera à son seigneur et maître d'exercer sur elle son pouvoir de correction — on pourrait même se demander si nous n'aurions pas ainsi dans cette péricope du *Deut.*, par un raisonnement à la vérité assez complexe et risqué, une démonstration supplémentaire de l'existence de la puissance maritale. — Le texte dont nous parlons ne vise pas la fille de

1. V. vg. *Prov.* I, 8; VI, 20, retenir surtout le *Deut.* XXII, 13-21 qui prévoit l'action simultanée du père et de la mère.

2. D'après le Talmud (*Mischnah Synhédrin*, 68) l'enfant visé par le *Deut.* XXI, 18-21 doit être majeur et d'autre part il ne doit pas être un homme fait et complètement développé physiquement. Dans la *Ghemara (Synh.* 71) est rapportée une *beraïtha* (sentence d'un prédécesseur ou contemporain du rédacteur de la *Mischnah* et non compilée par ce dernier) disant que le *Deut.* XXI, 18-21 n'a jamais été et ne sera jamais appliqué.

3. Le *Deut.* XXI, 18-21 ne s'applique pas à la fille (*Synh.* 68).

famille, car la mise à mort d'une jeune fille acceptée à sa naissance par le père dans sa famille devait être rare, si même le fait s'est jamais produit¹; il n'était donc pas besoin de restreindre et de réglementer à son sujet la puissance paternelle.

Nous croyons encore pouvoir constater l'existence au profit du père d'un droit d'*expositio* dans l'histoire de Hagar qu'Abraham chasse ainsi que son fils Ismaël; abandonnés des leurs, sans ressources, Hagar et son fils ne pouvaient que périr au milieu du désert où ils s'étaient égarés si l'ange de Dieu n'était intervenu pour les sauver².

Un pouvoir de disposition se marque aussi nettement dans le droit pour le père de vendre sa fille, ainsi que l'indique l'*Ex.* : XXI, 7³, qui vise le concubinat servile⁴. Mais la réalité d'un pouvoir analogue sur la personne du fils ne ressort pas avec la même évidence de la simple lecture des textes de la Thora : l'*Ex.* XXI, 2 n'est pas parallèle au verset 7 et ne prévoit pas le cas où un homme vend son fils. Il est dit simplement dans la loi : « si tu *achètes* un esclave hébreu, il servira six années »⁵. De même dans le *Lév.*, XXV, 59, et le *Deut.*, XV, 12, ne trouvons-nous que les mots : « si un de tes frères se vend à toi »⁶. Malgré tout et quelque induction que l'on puisse tirer de la différence de rédaction présentée par ces textes⁷, nous voyons

1. Nous ne parlons point de l'*expositio* des enfants du sexe féminin qui a fort bien pu se produire. Il faut également retenir le cas dont nous parlons, p. 48, n. 2.

2. *Gen.* XXI, 14-21. Ce texte est classé dans l'*Elohiste*, v. p. 25, n. 2. A la vérité, il s'agit ici d'une esclave concubine et de son fils (nous croyons cependant pouvoir généraliser les indications de ce texte et nous y fonder, même s'il n'y a là qu'une légende).

3. Toute la péricope *Ex.* XXI, 7-11 fait partie du Code de l'Alliance, v. p. 50, n. 5.

4. Cf. les explications que nous donnons p. 50 seqq. Il convient de retenir les indications talmudiques que nous avons rapportées p. 54, n. 5 et 6.

5. כִּי תִקְנֶה עֶבֶד עַבְדִּי שֵׁשׁ שָׁנִים יַעֲבֹד.

6. *Deut.* XV, 12 : — ... בְּנִי וְכָסֶר לְךָ אֲחִידָה הָעֶבְרִי אִלּוּ הָעִיבְרִיָּה — *Lév.* XXV, 59 : — ... וְכִי יִמְכַר אֲחִידָה עַמְּךָ וְנִמְכַרְתָּ לָּךְ voir pour ces passages, p. 50, n. 4, (le texte du *Deut.* ferait partie des lois d'humanité) et p. 55, n. 5.

7. L'*Ex.* emploie en effet le verbe קָנָה *acheter* tandis que les deux autres péripécopes, se servant du verbe מָכַר *vendre* au Niph'al, forme verbale réfléchie « exprimant qu'on se fait soi-même l'objet de l'action indiquée par la forme

en d'autres passages bibliques le père vendre ses enfants — d'ailleurs ici encore les précisions nous manquent.

Dans le II *Reg.* IV, 1 seqq, nous trouvons les indications suivantes : « Une femme d'entre les femmes des fils des prophètes cria à Elisée en disant : Ton serviteur mon mari est mort, et tu sais que ton serviteur craignait l'Eternel; or le créancier est venu pour prendre mes deux enfants et en faire ses esclaves ». Elisée se sent ému de compassion, et veut aider cette femme. Celle-ci « n'a rien du tout à la maison qu'un vase d'huile ». Elisée multiplie l'huile qui sert à payer la dette. La prétention émise par le créancier sur la personne des deux fils prend évidemment sa cause dans la dette du père; mais les enfants ne sont pas tenus, croyons-nous, comme vendus ou plutôt engagés par le père, ce que rien n'indiquerait dans le texte; ils ne subissent pas ici, ils ne peuvent subir, d'après nous, le contre-coup d'une puissance paternelle à laquelle ils ne sont plus soumis : s'ils sont poursuivis, c'est à titre d'héritiers, comme continuant la personnalité du défunt; nous ne pouvons guère tirer de ce texte une conclusion sur l'étendue de la puissance paternelle mais plutôt sur la transmissibilité passive des obligations; mais en revanche nous trouvons dans *Isaïe* et dans *Néhémie* divers passages qui nous éclaireront peut-être mieux. *Isaïe* affirme le droit pour le père de vendre son fils à un créancier; il met en effet dans la bouche de l'Eternel ces paroles : « Où est la lettre de divorce par laquelle j'ai répudié votre mère ou bien auquel de mes créanciers vous ai-je vendus? »¹ *Néhémie* rapporte dans un

simple » (Touzard. *Grammaire hébraïque*, Paris Lecoffre 1906, p. 184), on pourrait voir là une évolution et dire que le *Lév.* et le *Deut.* ne prévoient plus comme possible qu'une vente par l'individu lui-même qui est l'objet de la vente; en d'autres termes, le père n'aurait plus le droit de vendre son fils, qui seul pourrait conclure un tel contrat. Il est certes possible de voir dans ces textes l'expression de la généralité des faits : le père ne devait plus que rarement donner son fils *in mancipium*, mais on ne saurait trouver ici la négation même du droit du père; outre que cette affirmation ne reposerait que sur une règle grammaticale qui n'est pas constante, elle se heurterait de front aux divers passages bibliques que nous allons citer.

1. *Is.* L, 1. *Isaïe* prophétisait au VIII^e siècle avant le Christ, mais le passage que

passage de ses mémoires¹ que les Juifs du menu peuple furent contraints, en ces temps de disette, à emprunter aux grands et aux magistrats; ils s'en plaignaient vivement : « nous avons emprunté de l'argent sur nos champs et sur nos vignes pour le tribut du roi. Et pourtant notre chair est comme la chair de nos frères, nos enfants sont comme leurs enfants : et voici, nous soumettons à la servitude nos fils et nos filles, et plusieurs de nos filles y sont déjà réduites; nous sommes sans force et nos champs et nos vignes sont à d'autres »². Néhémie, irrité, réunit les grands et s'exclame : « Quoi! vous prêtez à intérêt à vos frères! » et, s'adressant à la foule : « Nous avons racheté selon notre pouvoir nos frères les Juifs vendus aux nations; et vous vendriez vous-mêmes vos frères et c'est à nous qu'ils seraient vendus³! » Nous voyons donc ici le père engager ses enfants et les donner à ses créanciers pour les désintéresser⁴. Le même effet de la puissance paternelle se rencontre dans *Matth.*, XVIII, 25; c'est la parabole du serviteur impitoyable : « Comme il n'avait pas de quoi payer, son maître ordonna qu'il fût vendu, lui, sa femme, ses enfants et tout ce qu'il avait et que la dette fût acquittée. » Les enfants, objet de la puissance paternelle, ainsi que la femme, objet de la puissance maritale, sont comptés dans le patrimoine du *pater familias*; ils sont vendus parce que soumis à la puissance, de même que l'*addictio* suivant une *manus injectio* exercée en vertu d'un *judicatum* ou d'une *confessio in jure* « comprenait non seulement la personne du débiteur mais encore les enfants soumis à sa puissance »⁵.

nous citons est attribué par les rationalistes au Second Isaïe et daté par eux des environs de 540.

1. *Néh.* V, 1-15.

2. *Néh.* V, 4-5.

3. *Néh.* V, 7-8.

4. Il conviendrait de savoir si le père peut vendre son fils quand il veut ou bien, comme le texte pourrait le laisser supposer, s'il doit avoir épuisé tous ses biens et n'avoir pas d'autre moyen de payer; mais rien n'est bien net à ce sujet et nous devons rester dans l'indécision en penchant plutôt vers la seconde hypothèse.

5. Cf. Esmein « Courtes Etudes » dans N. R. II. 11-1887, p. 56. Qu'il nous soit permis de signaler — en passant — l'évolution de droit privé qui pourrait s'être

Le père a bien évidemment vis-à-vis de ses enfants une situation prépondérante qu'il partage d'ailleurs avec sa femme : l'*Exode* punit de mort celui qui oserait frapper l'un de ses parents¹ ou le maudire² et celui qui les mépriserait sera maudit lui-même³. Les mœurs confirment ce que nous indique

produite entre le II *Reg.* IV, 1 seqq. et *Matth.*, XVIII, 25, que nous avons cités au texte. Dans les *Rois* (dont la péricope II, IV, 1-7 paraît empruntée aux narrations dites du cycle d'Élisée et peut dater du vi^e ou plutôt du vii^e siècle avant le Christ) nous voyons que la transmissibilité passive d'une obligation est déjà admise, mais nous voyons aussi que l'obligation s'exécute toujours sur la personne : en effet, le créancier veut prendre les deux enfants pour en faire ses esclaves, mais il n'a point parlé de saisir la maison (ni de réduire la mère, elle aussi, en esclavage) ce qui aurait dû être dans le cas d'une exécution sur les biens : l'exécution sur la personne ne viendrait que postérieurement. Au contraire, dans l'Ev. de St Matthieu, on saisit d'abord les biens et ce n'est qu'à cause de leur insuffisance qu'on réduira en esclavage le débiteur, sa femme et ses enfants. Mais, dira-t-on, pourquoi ne pas supposer que dans le II *Rois* le créancier, voyant l'insuffisance des ressources familiales, a menacé, pour obtenir plus facilement un paiement, de réduire les deux enfants en esclavage, sans s'attacher à parler de la saisie du patrimoine? Il se peut que cette hypothèse corresponde à la réalité, mais il nous paraît alors étonnant que la mère ne dise rien au prophète de la possibilité de cette saisie, et surtout que le narrateur, qui cherche à faire ressortir de son mieux le rôle d'Élisée, n'ait pas signalé cette circonstance, car la situation de la mère s'en trouvera aggravée (en admettant même que celle-ci ne soit pas saisie en même temps) et le miracle du prophète sera par conséquent plus important et plus utile. Cette considération nous incite à nous en tenir aux termes mêmes du Livre Sacré et à conclure qu'aux temps d'Élisée l'exécution sur la personne était seule possible, tandis que dans le premier Évangile, nous voyons une exécution sur les biens précéder — si nous osons dire — une contrainte par corps.

Le Code de Hammurabi connaît cette vente des fils, des filles et de la femme. « Si un homme a contracté une dette et s'il a donné comme esclaves pour de l'argent, : femme, fils ou fille, ils serviront durant trois ans dans la maison de leur acheteur et maître; la quatrième année, ils seront remis en liberté ». (§ 117). Il n'y a point là une vente au sens propre du terme, mais une dation *in mancipio*; c'est plutôt un prêt à intérêt, une « antichrèse » et un moyen de crédit.

1. XXI, 15.

2. *Ex.*, XXI, 17. Ces deux textes font partie du *Code de l'alliance*. La malédiction dont parle l'*Exode* a un caractère magique; on la rapprocherait avec assez de justesse, croyons-nous, de l'*occentatio* des XII Tables. V. *Lév.*, XX, 9 et cf. *Matth.*, XV, 4.

3. *Deut.*, XXVII, 16. — V. *Ex.*, XX, 12, (qui est de l'Elohiste); *Deut.*, V, 16 qui daterait, d'après les rationalistes, du milieu du vii^e siècle avant J.-C.; *Lév.*, XIX, 3 a, qui ferait partie des passages les plus anciens du *Code sacerdotal* (v. p. 33, n° 3). — La peine du parricide n'est pas prévue par la législation mosaïque, mais on la peut induire des dispositions rapportées ci-dessus; il y avait d'ailleurs toujours la peine du meurtre; mais ces peines pouvaient-elles être appliquées en l'absence d'un vengeur du sang? et qui jouait ce rôle dans l'hypothèse que nous envisageons?

la loi : les père et mère doivent être, d'après les moralistes¹, et sont en effet, d'après les historiens et les conteurs², entourés des soins de leurs enfants qui leur portent à la fois un respect profond et une très vive affection³.

Le fils doit-il obéissance à son père? Il semble qu'on puisse le déduire des dispositions du Décalogue prescrivant aux enfants d'honorer leurs parents et l'induire du *Deut.* XXI, 18-21 cité plus haut⁴. Ce dernier texte prévoit en effet des sanctions contre les enfants « indociles et rebelles » et « n'obéissant pas à leurs père et mère », mais, en fait, cette obéissance était-elle observée par les enfants? On trouve bien dans II *Sam.* un fils de roi qui se révolte contre son père, au temps de David. La disposition deutéronomique serait, selon la théorie rationaliste, bien postérieure (début du VII^e siècle), de même que le Décalogue deutéronomique et la disposition du *Lévitique* citée ci-dessus (N^o 5 de p. précédente). Comme par ailleurs nous ne voyons dans les textes post-exiliques rien qui infirme la prescription du *Deutéronome*, nous pourrions conclure à une sorte de concentration de la puissance paternelle en même temps qu'à sa réglementation; mais d'une part rien ne nous interdit de croire et l'esprit de la civilisation sémitique semble mieux nous porter à penser que la soumission complète de l'enfant à son père était exigée bien avant l'exil qui paraîtrait plutôt marquer une légère décadence du pouvoir patriarcal et nous pouvons supposer que l'acte d'Absalom est un phénomène isolé dans l'histoire de la famille israélite; d'autre part, nous voyons souvent dans la Bible le fils user d'une grande liberté vis-à-vis du père. Jonathan demande compte à Saül de sa conduite

1. Il suffit de parcourir le livre des *Proverbes* pour s'en rendre compte . v. vg parmi de nombreux textes *Prov.* I, 8; XXIII, 22. — Cf. *Eccl.*, III, 6-16.

2. V. *Gen.*, IX, 21 seqq.; XLIV, 18 seqq.; L, 1, parmi de nombreux passages.

3. D'après les anciennes lois sumériennes, un fils qui reniait son père était vendu comme esclave; s'il reniait sa mère, il était chassé de la maison et de la famille (cf. A. Condamin, *Babylone et la Bible*, dans le *Dictionnaire apologétique*, fasc. II, col. 365). — D'après le *Code de Hammurabi* « si un fils frappe son père, on lui coupera les mains ». (§ 195.)

4. Cf. p. 57, n^o 5,

envers David et « se lève de table dans une ardente colère »¹; Samson prend femme à Thimna parmi les filles des Philistins malgré l'opposition de ses père et mère²; la conduite de ces deux fils s'explique évidemment pour l'écrivain biblique par leur accord avec les principes supérieurs de morale ou par l'effet d'une permission spéciale de la Divinité; mais il reste qu'ils ont légalement, sinon désobéi à leurs parents, du moins manqué aux ordonnances du Décalogue. Plus tard seulement apparaîtront les textes approuvant une désobéissance au père dans l'intérêt de la Loi: Moïse bénit Lévi qui « dit de son père et de sa mère: je ne les ai point vus! qui ne distingue point ses frères, qui ne connaît point ses enfants » absorbé qu'il est dans l'observance de la parole de l'Éternel, dans la garde de l'Alliance³. Plus tard le Talmud mettra le respect de la pureté prescrite aux prêtres par l'Éternel⁴ avant l'obéissance filiale⁵.

Mais déjà auparavant Laban nous paraît assez indépendant de Béthuel, son père⁶, Esaü d'Isaac⁷ et Lévi de Jacob⁸. Cette obéissance obligatoire semble donc n'avoir été consacrée juridiquement qu'à une date assez basse; pendant longtemps en effet la primitive organisation familiale n'a pas nécessité l'apparition d'une réglementation quelconque à ce sujet: les enfants étaient groupés autour du père; le jour où une dissension s'élevait, celui-ci pouvait chasser son fils, le mettre hors de la famille, l'émanciper en un mot après lui avoir le

1. I Sam., XX, 32-34.

2. Jud., XIV. cf. supra p. 42, n° 1. Il faut retrancher du v. 5 les mots « avec son père et sa mère » et du v. 10 les mots « le père de... »; cf. Lagrange, *op. cit.*, p. 252 et 254.

3. Deut., XXXIII, 9. Ce texte serait une addition postérieure au Rédacteur deutéronomistique, c'est-à-dire, au retour de l'exil, et aurait été retouché par le Rédacteur du *Pentateuque*, c'est-à-dire, dans le courant du iv^e siècle av. J.-C. d'après les théories rationalistes.

4. Lévi., XIX, 5.

5. Yebamoth, 6, [L. G. L.]

6. Gen., XXIV. Ce texte fait partie du *Yahviste*.

7. Gen., XXVI, 34-35 (fait partie du *Code sacerdotal*).

8. Gen., XXXIV (est du *Yahviste* avec des fragments appartenant au *Code sacerdotal*).

plus souvent donné quelque bien qui lui permit de s'établir, au moins de vivre. Mais ces cas devaient être rares, les membres de la famille devaient avoir un sentiment vif de la nécessité de leur cohésion dans l'état social de l'Arabie primitive. Un isolé était condamné à disparaître et l'homme ne valait que ce que valait le groupement dont il faisait partie. Ces questions de discipline se résolvaient donc en fait et non en droit au sein de la communauté patriarcale. Au contraire, dès avant l'Exil, le morcellement de la famille Israélite accentué réclame dans le cadre de l'autorité paternelle amoindrie¹ une réglementation juridique qui trouve son expression dans le *Deut.*, XXI, 18-21.

Tous les fils se trouvaient soumis également à la puissance paternelle; cependant il est à remarquer que l'un d'eux jouissait du privilège de continuer spécialement la personnalité du père après la mort de celui-ci, de devenir parfois le chef de ses frères et de recueillir une part plus importante dans l'héritage : c'était celui qui possédait le *droit d'aînesse*. En quoi ce droit consistait-il? à qui était-il attribué? tels sont les deux graves problèmes qui nous arrêtent ici.

Une évolution s'est produite et l'état du droit se diversifie selon les époques où on l'envisage. Nous croyons pouvoir distinguer deux périodes dont la ligne de démarcation se trouverait environ à la fin du premier siècle du schisme de Jéroboam². Dès les origines historiques, dès le temps de la *Genèse*, l'aîné est le successeur désigné du patriarche, mais son droit n'existe pas par lui-même : il lui faut la consécration de son père qui peut d'ailleurs parfaitement choisir parmi ses fils un autre que l'aîné pour le remplacer à la tête du groupement patriarcal : c'est ce que fait Abraham choisissant Isaac,

1. V. d'ailleurs p. 58.

2. C.-à-d. vers le x^e siècle av. J.-C. Nous n'entendons parler dans toute cette étude que du premier-né de l'homme, c.-à-d. de celui qui est « les prémices de sa vigueur ». (*Deut.*, XXI, 17). La Thora connaît en effet une seconde sorte de primogéniture qui n'a d'intérêt que par rapport au droit religieux ; il s'agit alors du premier-né de la femme (*Ex.*, XIII, 2). Cette distinction était importante en ces temps de polygamie ; la première espèce nous intéresse seule ici,

ce que fait Jacob punissant Ruben et appelant Joseph « le prince de ses frères¹, en disant, lorsqu'il adopte les fils de Joseph, qu'Ephraïm sera plus grand que Manassé². Et, comme il n'existe pas de distinction entre le droit privé et le droit public, ces règles sont appliquées pour la transmission du pouvoir royal : nous voyons ainsi David choisir pour lui succéder Salomon³; il ressort du texte avec évidence qu'à cette époque le successeur n'est pas automatiquement déterminé par le jeu d'une loi de primogéniture, mais qu'au contraire il est choisi par celui auquel il devra succéder, père ou roi. Un peu plus tard, Roboam établit son fils Abija « chef de ses frères » dont quelques-uns étaient plus âgés que celui-ci⁴. Malgré tout, ce choix du père doit s'exercer de préférence dans l'ordre de primogéniture : Joseph voit avec déplaisir Jacob mettre Ephraïm, le cadet, avant l'aîné Manassé⁵; avant que ce choix soit exercé, les frères ont, si nous osons dire, rang de préséance entre eux selon leur âge⁶; les Généalogies, même bien antérieures au Deutéronomiste et au Code Sacerdotal, indiquent le premier-né⁷. Il y avait intérêt à distinguer quel était l'aîné et l'on avait soin de le faire, si des jumeaux venaient à naître⁸. Enfin Esaü avait évidemment un droit à être choisi par son père pour successeur puisqu'il vend à son frère son « droit d'aînesse »⁹. Mais en elle-même cette primogéniture ne suffisait point¹⁰; il fallait au successeur du patriarche

1. *Gen.*, XLIX, 3-4, 22-26. Ce texte est classé dans le *Yahwiste*.

2. *Gen.*, XLVIII, 13-19, qui fait partie de l'*Elohiste*. Il semble d'ailleurs qu'il y ait ici une intention étiologique, la même qui se retrouve dans I *Chron.*, V, 1.

3. I *Reg.*, I, 20-21, 27, 35.

4. II *Chron.*, XI, 18-23.

5. *Gen.*, XLVIII, 17-18.

6. *Gen.*, XLIII, 33, qui fait partie du *Yahwiste*.

7. *Gen.*, XXII, 21, qui est du *Yahwiste*; I *Sam.*, VIII, 2. Ces textes ont peut-être été retouchés; la mention de primogéniture se trouve surtout dans les généalogies que l'on attribue au *Priesterkodex*, vg. *Gen.*, XXV, 15; XXXV, 23; XLVI, 8, etc....

8. *Gen.*, XXXVIII, 28-30; XXV, 24-26, qui sont du *Yahwiste*.

9. *Gen.*, XXV, 31-33. Peut-être préférons-nous traduire בְּכוֹרָה par *primogenitura*, « qualité d'aîné » et supprimer le mot « droit ».

10. Elle constituait surtout le signe extérieur du droit comme un substratum que l'on trouvait en général à la base de l'élection paternelle, si bien qu'on disait

l'investiture que celui-ci lui donnerait : il lui fallait la bénédiction paternelle; c'est elle qui imprime à son bénéficiaire un caractère indélébile et sacré, parce qu'elle est, à notre sens, une *incantatio*; cela ressort nettement de la bénédiction de Jacob par Isaac, particulièrement de la dernière phrase : « Maudit soit quiconque te maudira. »¹ et surtout de l'impossibilité pour le père de revenir sur ce qu'il a fait². Ces deux éléments, primogéniture et bénédiction, qui rendaient le droit du successeur pleinement indiscutable, ne sont-ils pas marqués dans cette plainte d'Ésaü : « Il m'a supplanté deux fois, il m'a enlevé mon droit d'aînesse et voici maintenant qu'il vient d'enlever ma bénédiction »³? Ne sont-ils pas de même signalés dans la conduite de Salomon vis-à-vis de son frère Adonija au sujet d'Abișag la Sunamite⁴? Adonija, fils de David et Hagith, a affiché du vivant de son père ses prétentions à la royauté⁵; David, sur la prière de Bath-Schéba, désigne pour successeur Salomon⁶; Adonija s'incline devant ce choix, « bien que la royauté lui ait appartenu⁷ », et ne demande au nouveau roi que la concession d'Abișag, jeune fille qui faisait partie de la succession de David, probablement au titre de concubine. Salomon voit là une provocation; il considère que son frère prétend au trône et répond à

« faire de quelqu'un son premier-né », pour indiquer qu'on lui conférerait la puissance et qu'on lui transmettait le pouvoir. Cf. I *Chron.*, V, 1 : « Son droit d'aînesse fut donné aux fils de Joseph ». *Ps.*, LXXXIX, 28 : « Et moi je ferai de lui le premier-né, le plus élevé des rois de la terre. » Dans I *Chron.*, V, 2, le Chroniste prend soin d'expliquer que Juda était « à la vérité puissant parmi ses frères et que de lui était issu un prince, mais que le droit d'aînesse était à Joseph ». La qualité d'ainé était donc si intimement unie à une idée de domination qu'on pouvait être tenté de la déduire de l'existence même d'une puissance. — Les textes des *Chroniques* sont d'ailleurs de date basse (iv^e siècle av. J.-C.) et ont subi l'influence du *Code sacerdotal*.

1. *Gen.*, XXVII, 27-29. Tout ce chap. est constitué par une étroite combinaison du Yahviste et de l'Elohiste.

2. *Ibid.* 33-40.

3. *Ibid.* 36, v. n^o 9 page précéd., cf. aussi *Gen.*, XLIX, 22-26.

4. I *Reg.*, II, 15-25.

5. I *Reg.*, I, 5-14.

6. I *Reg.*, I, 30.

7. I *Reg.*, II, 15-16. Ce n'est pas l'allégation d'un droit absolu, mais en quelque sorte sa seule possession d'état.

Bath-Schéba, sa mère, qui, lui transmettait la requête d'Adonija; « Pourquoi demandes-tu Abișag?... demande donc la royauté pour lui, car il est mon frère aîné »¹. Salomon semble donc ne vouloir rien concéder qui puisse paraître une abdication, si légère soit-elle, d'un droit qui n'est pas encore établi de façon absolument irréfragable; il fait d'ailleurs, pour plus de sûreté, supprimer son frère². Mais nous voyons bien malgré tout dans ce texte que le choix du père est le seul facteur important en cette question³.

Une évolution ne tarda pas à se réaliser et un siècle après Salomon la primogéniture semble avoir acquis une influence prépondérante sinon absolue en cette matière : nous voyons les rois se soumettre à ce critère et transmettre le pouvoir à leur aîné⁴; enfin une disposition législative interdit au père de « reconnaître comme premier-né » un autre que celui qui l'est réellement. Non seulement le *Deut.* XXI, 15-17, consacre avec force le *droit d'aînesse*, mais il détermine l'étendue de ce droit; il limite l'autonomie du père quant au choix du successeur et quant aux biens qu'il peut lui laisser : alors qu'antérieurement le patriarche donnait à son fils ainsi élu la plus grande part de ses biens et se bornait à distribuer aux autres enfants divers présents plus ou moins considérables, leur constituant même parfois des apanages⁵, mais surtout cherchant à les éloigner de son successeur désigné afin d'éviter toutes compétitions, désormais le patrimoine sera partagé entre les fils et le successeur automatiquement déterminé; ce nouveau chef de famille aura le seul avantage de prendre une double part dans l'hérédité. Il est évident qu'une pareille réforme correspond à une modification profonde dans l'organisation familiale : le *Deutéronome* à le bien considérer, ne vise plus le groupement patriarcal; l'unicité familiale est rompue,

1. I *Reg.*, II, 22 : אָחִי הַגָּדוֹל כֹּמֶנִי.

2. I *Reg.*, II, 25. Cf. *supra* p. 29, n° 5.

3. I *Reg.*, I, 20 et *infra* p. 72.

4. II *Reg.*, III, 27 — II *Chron.*, XXI, 2-4; XXII, 1.

5. Cf. II *Chron.*, XXI, 2-4.

les foyers se multiplient et les membres d'une même *gens*, s'il nous est permis de parler ainsi, au lieu de rester groupés autour d'un chef, vont porter ailleurs leurs *theraphim* et habiter des maisons séparées; si même une copropriété familiale existe encore, ce qui nous paraît douteux, le père semble procéder, aux termes mêmes du texte, à un partage de son vivant qu'il ne fait plus selon son gré, mais qui est juridiquement réglementé¹.

A quelle époque cette réforme semble-t-elle avoir été réalisée? Nous venons de dire que la primogéniture paraît devenir la norme incontestée de l'ordre successoral dès l'avènement de Joram, fils de Josaphat, roi de Juda. La même règle est appliquée en Moab à la même époque, et d'autre part si Achazia, le plus jeune des fils de Joram, accède au trône, c'est parce que ses frères aînés ont été tous tués²; le Chroniste prend soin de nous en avertir. Quant au *Deut.* XXI, 15-17, il fait partie, d'après les critiques rationalistes et plus particulièrement d'après M. Steuernagel, de l'*Urdeuteronomium*, document qui aurait été rédigé avant Josias, à peu près sous le règne de Manassé, c'est-à-dire au début du VII^e siècle av. J.-C. Sans admettre pleinement cette opinion, il ne nous paraît guère possible que la péricope en question ait eu une réalité juridique avant le schisme d'Israël; nous serions tenté en revanche, sans vouloir déterminer une date de rédaction, de la croire appliquée, en tant que règle coutumière, après Josaphat, c'est-à-dire dès le début du VII^e siècle av. J.-C., et nous trouverions volontiers ici une illustration du principe que pose M. le professeur Touzard suivant lequel le *Deutéronome* ne devait pas entrer en vigueur avant l'époque de Salomon et l'érection du Grand Temple³. Il nous reste, avant

1. Ce partage se faisait du vivant du père à cause de l'établissement des fils qui s'éloignaient en emportant leur portion des biens. Cf. la parabole de l'enfant prodigue. — *Luc*, XV, 11-52.

2. V. les textes cités ci-dessus p. 69, n° 4. Les livres des *Chroniques* sont sans doute de date basse, mais ils ont été écrits à l'aide de documents bien plus anciens, peut-être contemporains des faits qu'ils relatent.

3. Cf. *supra*, p. 34, n° 4.

d'abandonner la présente étude, à nous demander si les textes ne nous laisseraient pas entrevoir en quelques passages un état différent de ceux que nous avons déjà décrits, et si, dans les temps de la *Genèse* et même jusqu'à l'époque royale, le droit à la succession du père n'appartenait pas peut-être en quelques cas, non à l'aîné, mais au plus jeune des fils. Existait-il alors un droit d'ultimogéniture, une coutume analogue au *borough-english*?

Quelques auteurs¹, frappés de ce que les personnages les plus importants de la primitive histoire israélite, « Abraham, Isaac, Jacob, Joseph, Benjamin, Ephraïm, Moïse, David, Salomon... sont des derniers nés », se croient « fondés à présumer que, concurremment au droit de primogéniture, il existait un droit d'ultimogéniture² ». Nous avouons ne pas distinguer très nettement la possibilité de cette coexistence et le *modus vivendi* régissant les rapports et les réactions de deux institutions si opposées; d'autre part, il est incontestable que les derniers nés ou les puînés jouissent, au moins dans la protohistoire d'Israël, d'une situation de choix et qu'ils fournissent l'effectif presque complet des personnages de tout premier plan. Il est curieux de constater que « Jacob-Israël est le fils cadet d'Isaac, fils cadet d'Abraham, fils cadet de Téra'h et de Rébecca, fille cadette de Béthuel, fils cadet de Nacor³ ». Nous croyons, sans avoir à décider si ces généalogies ont une réelle valeur documentaire — fussent-elles même imaginées de toutes pièces — qu'elles suffisent en tout cas à nous montrer le dernier né succédant le plus normalement au père, au moins jusqu'aux premiers temps de la période royale. Mais y a-t-il là réellement un *droit* d'ultimogéniture? nous ne le pensons pas : à notre sens, il sied de voir ici le simple exercice par le père de son pouvoir d'élection; comme par ailleurs l'influence de la dernière femme est le plus souvent prépondérante, celle-ci réussira à faire choisir par son mari le fils

1. Notamment M. L. G. Lévy *La Famille dans l'Antiquité Israélite*, p. 248.

2. Lévy, *l. c.*

3. *Ibid.*

issu de leur union¹. De plus, lorsque le groupement patriarcal commencera à se dissoudre, les fils iront s'établir au dehors, nantis de quelques biens, et par l'effet de cet usage les aînés s'éloigneront d'abord et les puînés resteront seuls pour recueillir l'entier héritage. Enfin des raisons d'affection pouvaient inciter le père à préférer à ses autres enfants « le fils de sa vieillesse² ». Rien dans les textes ne permet d'affirmer l'existence d'un état juridique différent de celui que nous avons déjà indiqué; au reste les circonstances qui ont entouré le choix de Salomon éclairent vivement cette matière; outre l'incident d'Abija que nous avons signalé plus haut, il convient de noter le fait suivant : on ne parle jamais au roi David d'un successeur obligatoirement imposé par le jeu de quelques règles de droit; Israël ne lui demande que de choisir qui lui plaira et de « faire connaître qui s'assiéra sur le trône du Roi son seigneur après lui³ ». Visiblement la désignation de Salomon est un acte juridiquement libre et de « bon plaisir »; le serment même qu'invoque Bath-Schéba prouve de manière apodictique l'indépendance de David et le manque de réglementation juridique sur ce point.

Ce qui marque encore le caractère de pur fait de cet accès des puînés à la succession, c'est la disposition même du *Deut.* XXI, 16-17⁴; celle-ci en effet a dû coïncider lors de son apparition comme règle coutumière avec l'état général des mœurs à cette époque. Consacrant le droit de l'aîné, elle n'a pas délibérément bouleversé l'économie juridique, mais au contraire elle a trouvé devant elle un terrain préparé et facile. Comme elle date au plus tard (par sa rédaction) du vi^e siècle commençant⁵, comme d'autre part on voit encore des puînés désignés pour successeurs par leurs pères au temps de Roboam, fils de Salomon, il serait singulier qu'à cette dernière époque

1. C'est le cas de Bath-Schéba, I *Reg.*, I, 15-51. — Cf. aussi le cas de Sara qui fait chasser Ismaël, *Gen.*, XXI, 10-14.

2. *Gen.*, XLIV, 20-22. V. aussi XXXVII, 5.

3. I *Reg.*, I, 20.

4. Cf. *supra*, p. 69.

5. Cf. *supra*, p. 70.

un droit d'ultimogéniture fût encore reconnu qui aurait brusquement disparu un siècle après. C'est donc que sous Roboam, comme sous David, au temps de Jacob comme au temps d'Abraham, la véritable règle déterminant quel sera pour le patriarche ou pour le roi le successeur à titre universel, se trouve dans la seule et libre élection de ce patriarche ou de ce roi. Dans la suite des temps, le concept religieux aidant ainsi que les circonstances extérieures, l'ainé acquerra sans possibilité de contestation une place privilégiée : dès les origines d'ailleurs il est considéré comme « supérieur en dignité et supérieur en puissance¹ », car il est « la force et les prémices de la vigueur » de son père. Il bénéficie de l'ordonnance religieuse d'après laquelle tout premier né de la femme doit être consacré à l'Éternel, et l'on respecte en lui la manifestation spéciale de la Vie, la réalisation première d'un mystérieux pouvoir, le fruit d'une double virginité disparue pour lui et par lui, enfin le premier élément de cette récompense divine : une nombreuse postérité. Les événements sociaux vont à leur tour élargir et augmenter son importance : la famille morcelée a besoin d'un chef elle aussi ; en des temps troublés tels que ceux des Juges et surtout des Rois, le père est exposé à disparaître assez tôt dans les combats avant que ses plus jeunes fils soient d'âge à se gouverner eux-mêmes : le pouvoir paternel reviendra donc naturellement à l'ainé, qui sera en général parmi ses frères le plus apte à l'exercer. Quand tous auront grandi et qu'ils seront capables de vivre par leurs moyens, ils pourront se séparer, mais il sera naturel que l'ainé reste en possession de la maison, qu'il prenne même une part supplémentaire pour le dédomnager de ses soins et des travaux accomplis dans l'intérêt de la famille, qu'il prélève même une part l'indemnisant des soucis du partage². C'est cet état de fait qui, informant la coutume, a reçu dans le *Deutéronome* la consécration législative. Le Talmud a postérieurement défini dans les détails ce droit de l'ainé à une double

1. *Gen.*, XLIX, 3 ; *Deut.*, XXI, 17.

2. Cf. à ce sujet *Manou*, IX, 205-210.

part successorale¹. Il nous intéresse de constater, par rapport à l'évolution familiale, la différence des droits accordés au successeur du père avant et après la reconnaissance formelle du droit d'aînesse : avant, le successeur choisi par le père est le seul à titre universel et le seul véritable : il jouit de la totalité des biens laissés par le patriarche à sa mort ; il est « le chef de ses frères et leur maître² », il continue la personnalité du père. Au contraire, après le *Deutéronome*, tous les fils sont des successeurs à titre universel ; seul l'aîné est avantagé d'une portion supplémentaire ; il faut donc bien, ainsi que nous l'avons exposé plus haut³, qu'une transformation profonde se soit produite dans l'organisation familiale et explique cette évolution du droit.

La situation du fils légitime étant ainsi déterminée, pouvait-il dans certaines occasions se produire quelques anomalies ? que se passait-il notamment quand la mère était l'objet d'un libelle de répudiation ? Le mari pouvait en effet chasser la mère, mais il devait vraisemblablement garder auprès de lui ses enfants déjà grands ; son intérêt l'y portait sans aucun doute ; quant aux enfants en bas âge qui avaient encore besoin de soins attentifs et du sein maternel, il ne semble pas qu'il y ait eu une règle bien établie ; le plus souvent, d'après nous, le mari devait trouver plus simple de les laisser partir avec leur mère, quitte à les réclamer ensuite à la famille de son ancienne femme ; il n'y a dans les textes rien qui nous permette une affirmation précise ; plus tard seulement les rabbins décideront que les enfants seront confiés à la mère mais que les garçons pourront être réclamés par le père lorsqu'ils auront atteint l'âge de six ans. Le père devra d'ailleurs subvenir à l'entretien des enfants⁴. Mais si la femme était répudiée pen-

1. *Baba bathra* 16 b., 122 et 124. Cf. Lévy, *l. c.*, p. 247.

2. *Gen.*, XXVII, 29, 37.

3. *V.* p. 69.

4. D. W. Amram, *The Jewish Law of Divorce*, Philadelphie, 1896, p. 127-130. (Cité par Lévy.)

dant une grossesse avant d'avoir accouché, que se passait-il ? Ce serait ici, croyons-nous, le terrain propice au développement d'une présomption de paternité étayée sur une détermination coutumière approximative du délai de gestation¹; or, le cas n'est point prévu dans la Thora; les docteurs eux-mêmes n'en disent rien : l'espèce était rare et d'ailleurs, lorsqu'elle se réalisait, la femme devait toujours être portée à rendre au mari ses fils ou du moins à lui demander de subvenir aux frais assez élevés qu'occasionnait leur entretien, à reconnaître ainsi son ancien époux pour le père de l'enfant qu'elle mettait au monde. Les difficultés devaient donc être peu nombreuses et se régler *in facto* lorsqu'elles se présentaient. Tandis que le Code de Hammurabi prévoit au moins l'une de ces hypothèses et la réglemente², la Bible reste muette sur des points si délicats : elle ne fixe aucun délai destiné à éviter la confusion de part. Les rabbins imposent à la veuve et à la répudiée une attente de trois mois avant de leur permettre un second mariage³. Ce même délai est consacré par plusieurs sourates du Coran⁴. Mahomet faisait d'ailleurs aux répudiées une obligation de « ne point cacher ce que Dieu a créé dans leur sein » et déclarait qu'il est « plus équitable que les maris les reprennent quand elles sont dans cet état, s'ils désirent le bien » ;

1. En effet, au cas de réclamation par le père d'enfants mis au monde avant la répudiation, la question était une question de possession d'état et non de présomption de paternité; ici la seule question de paternité pourrait se poser. — Cf. *supra*, p. 15.

2. § 157 : « Si un homme est disposé à répudier la concubine (šu-ge-tim) qui lui a donné des enfants ou aussi l'épouse (aš-ša-tu) qui lui a donné des enfants, on lui rendra son trousseau, on lui donnera l'usufruit du champ... et elle élèvera ses enfants. Ensuite elle recevra une part d'enfant et épousera qui elle voudra. »

3. *Yebamoth*, 41 — cf. *Yebamoth*, 42, 80 verso. Le délai de viduité était de trois mois parce qu'on admettait qu'une grossesse était reconnaissable au bout de trois mois. Si donc trois mois après le divorce ou la mort du mari, la femme ne paraissait pas enceinte, c'est qu'elle ne l'était pas (Rabbinowicz, *Législ. civile*, I, p. 80, n° 1). Déjà une *beraitha* admet qu'un enfant est viable à sept mois ou à neuf, mais non à huit, dit la Ghemara (*Yebamoth* 80); mais l'enfant peut d'après la même Ghemara retarder sa naissance de 3 mois et naître à 12 mois. (v. aussi *Schabbath*, 135).

4. II, 228; LXV, 1, 2, 4. — Le délai de viduité proprement dit est de quatre mois et dix jours (II, 254).

il décide plus tard que les maris doivent avoir soin des femmes enceintes qu'ils ont répudiées et qu'il est préférable que ce soit la mère qui allaite l'enfant¹. En principe « les mères répudiées allaiteront leurs enfants deux ans complets, si le père veut que le temps soit complet. Le père de l'enfant est tenu de pourvoir à la nourriture et aux vêtements de la femme d'une manière honnête² ».

Le développement doctrinal post-biblique s'est encore produit en une matière fort délicate : lorsqu'une femme ne savait plus ce que son mari, parti pour un lointain voyage, pouvait être devenu, elle se trouvait, selon la Thora, dans une situation difficile. « Comme elle n'a pas de preuve que son mari est mort et que d'autre part elle ne peut pas produire un acte de divorce, elle est obligée de rester dans la condition où elle est, elle ne peut pas contracter une nouvelle union. Elle a la position réelle d'une veuve sans en avoir la position juridique.

« Les rabbins... ont admis la déposition d'un seul témoin venant attester la mort du mari, le témoignage d'une femme, d'un esclave, d'un païen, alors que la loi exige formellement deux témoins et ne reçoit pas le témoignage d'une femme, d'un esclave, etc. (Yebamoth, 88 a, 122 b; Maïmonide, Hilkoth Gerouschim, XIII, 29).

« Si le mari qu'on avait cru mort revient après que la femme s'est remariée, la femme doit quitter son second mari sans pouvoir retourner vers le premier : la nouvelle de la mort étant reconnue fausse, le second mariage est nul et non avenu et constitue une union adultérine; d'autre part, la femme ne peut pas retourner vers son premier mari attendu que la loi ne permet pas au mari de vivre avec sa femme convaincue d'adultère (voir Eben-Ha-Ezer, CXV, 7, 8). La femme n'a droit au douaire pas plus de la part du premier époux que du second. Quant aux enfants nés du second mariage, ils sont considérés comme adultérins. (Yebamoth,

1. LXX, 6.

2. Coran, II, 255.

87 b)¹ ». M. Lévy rapproche² avec raison de cette réglementation les dispositions antérieures de vingt siècles du Code babylonien : lorsqu'un chef de famille tombe en captivité, sa femme doit, sous peine « d'être jetée à l'eau », rester dans sa maison, si elle « a de quoi manger » ; sinon, elle peut passer dans une autre maison et épouser un membre de cette seconde famille³. Si dans ce cas, elle met au monde des enfants, et que son premier mari revienne ensuite, elle devra le reprendre ; quant aux enfants, ils suivront leur père (maré wa-ar-ki a-bi-šu-um i-il-la-ku)⁴. On ne peut certes voir ici l'établissement d'une présomption de paternité, mais seulement une disposition tranchant un conflit de puissance : il est en effet évident que le père n'est pas le premier mari, mais plutôt le second ; il ne s'agit donc point de déterminer quel est le père, puisque c'est au contraire la connaissance du *genitor* qui permet de résoudre la question de puissance ; attendu que la mère est toujours l'épouse du premier mari avec qui son union n'est point rompue, il s'agit d'arrêter les prétentions de celui-ci sur le part (si nous osons dire) de sa femme, ou même et mieux, croyons-nous, de conférer aux enfants du second mariage le caractère de légitimes et d'effacer sur eux la tache adultérine qui aurait dû les souiller, par conséquent de déclarer qu'ils suivront leur père, non pas au lieu du mari de la mère, mais de la mère elle-même, comme cela se produirait pour des enfants nés hors du mariage : pour celle-ci aussi la tache de l'adultère est effacée ; elle trouve une excuse dans la misère dont elle souffrait ; son mariage restera intact malgré cet acte et elle reviendra avec son premier mari comme si de rien n'était. Hammurabi absout donc son crime ; il empêche qu'une peine ne lui soit infligée⁵ ; il déclare les enfants non adultérins et leur assigne dans la famille de leur père naturel qui pensait d'ailleurs les engendrer légitimement, la place qui

1. Lévy, *op. cit.*, p. 209-210.

2. P. 210, n° 5.

3. C. de Hammurabi, §§ 133-134.

4. § 135.

5. V. Hammurabi § 129 ou § 135.

leur revient¹ : il ne fait au fond que consacrer le principe réglementant l'admission des enfants dans la famille, l'autonomie de la volonté paternelle.

Le lien existant entre le père et l'enfant se marquait dans la dénomination de ce dernier : un individu était en effet désigné dans la société israélite par son nom propre qu'on lui donnait peu après sa naissance, et le nom de son père, les deux joints par le mot בֶּן, *fils de...*, ainsi Abner, fils de Ner; Isch-Boscheth, fils de Saül²; Sichem, fils de Hamor³; Laban, fils de Béthuel⁴. Parfois, au lieu du nom paternel c'est le nom d'un aïeul qui est joint à l'appellation propre de l'individu : ainsi dans *Gen.* XXIX, 5, est-il question de Laban, fils de Nachor, alors qu'en réalité Laban a pour père Béthuel et Nachor pour grand-père⁵. Il arrivait ainsi qu'on désignât un individu par une sorte de généalogie et en indiquant la tribu dont il faisait partie : ainsi Acan, fils de Carmi, fils de Zabdi, fils de Zérach de la tribu de Juda⁶; il est possible qu'on ait voulu indiquer par là, outre la famille d'Acan (Carmi), sa *gens* (Zabdi) et peut-être une formation familiale ou politique plus étendue (Zérach). A l'inverse, on pouvait désigner tel individu comme père de tel autre : c'était ce que l'on appelait la *koumya*; ainsi dans *I Chron.* IV, 5, est-il question d'Aschchur, père de Tékoa, etc.⁷. Ces désignations n'étaient évidemment que des points de repère destinés à mieux distinguer l'individu dont il s'agissait et à éviter des confusions : elles ne jouaient pas un rôle juridique, mais elles nous montrent malgré tout à quel point chez les Sémites, comme dans toutes les sociétés antiques, l'individu était considéré comme partie intégrante des groupements familiaux et politiques.

1. Cette place peut varier suivant que la mère était considérée comme une concubine ou comme une femme de premier rang. — Cf. p. 41, n° 2.

2. *II Sam.*, II, 8.

3. *Gen.*, XXXIV, 2, 18.

4. *Gen.*, XXVIII, 5.

5. *Gen.*, XXIX, 47.

6. *Jos.*, VII, 1.

7. Cf. encore *I Chron.*, IV, 4, 12, 17, 18, 21.

D'ailleurs, d'assez bonne heure l'usage s'établit en Israël de dresser des généalogies et de tenir registre des filiations. Déjà on trouve de ces listes dans quelques fragments jéhovistiques de la *Genèse*¹ et il semble qu'on puisse conclure d'un passage d'*Isaïe* que tout Israélite vivant était inscrit sur des registres peut-être publics²; à vrai dire, il n'est pas question ici de généalogies, mais plutôt de listes de recensement, ainsi que dans *Jérémie*, XXII, 30³. Au contraire, dès les temps exiliques et postexiliques, les généalogies, les תולדות, *T'hole'doth*⁴ passent au premier rang dans les coutumes israélites sur les questions d'état et préoccupent fortement le reviseur sacerdotal qui en introduit quelques-unes au milieu des textes qu'il remanie⁵, non d'ailleurs que nous le soupçonnions d'avoir inventé ces listes de toutes pièces, mais de les avoir recueillies en des documents divers et épars et surtout dans la tradition populaire; c'est lui qui leur a attribué l'importance dont elles ont joui dès l'époque d'Esdras : alors que nous ne trouvons dans les documents antérieurs au scribe que peu de chose sur les *Tholedoth*, tout au plus l'indication d'une coutume israélite consistant à tenir des registres de recensement⁶ et, dans le privé, des lettres ressemblant aux « livres de raison » de nos ancêtres, postérieurement, nous voyons ces généalogies prendre une grande place dans le livre de *Ruth*⁷, les *Chroniques*⁸ et jouer même un rôle en quelque sorte juridique

1. *Gen.*, IV, 16-26; X, 8-19, 21, 24-31; XXII, 20-24.

2. *Is.*, IV, 3: « ...quiconque sera à Jérusalem sera inscrit parmi les vivants... » Isaïe prophétisait au vin^e siècle av. le Christ.

3. Cf. aussi *Ezechiel*, XIII, 9.

4. Ce mot dérive du radical יָלַד, engendrer.

5. Certes quelques rabbins reportaient à Ruben l'invention des généalogies (*Beveschit Rabba*, 82), mais cette opinion n'a aucune importance. — Peut-être d'ailleurs convient-il de voir dans les généalogies du reviseur des indications chronologiques et un comput de générations.

6. Cf. le dénombrement d'Israël dont parlent les *Num.* I. le dénombrement spécial des Lévites, objet des c. III et IV et les listes qui semblent être tenues sous Ezechias toujours visant les fils de Lévi dont parle II *Chron.*, XXXI, 16-18.

7. IV, 8-25 ces versets sont peut-être d'adjonction postérieure, cf. p. 50 n° 1.

8. I *Chron.*, I-IX. Le Chroniste écrivit dans la deuxième moitié du IV^e siècle, peut être plus tard, au III^e ou au II^e.

dans *Esdras* et *Néhémie*. Il est évident que la nécessité dans laquelle les lévites se trouvèrent d'après le Code Sacerdotal, d'établir leur origine, nécessité où se trouva tout Israélite au retour de Babylone¹, donna aux généalogies une valeur remarquable; mais cette nécessité même nous prouve que, dès avant, la coutume était très répandue en Israël de se confectionner et de posséder des titres généalogiques. Quelle était la valeur juridique de tels documents? Ils ont servi à prouver l'ascendance israélite ou l'ascendance lévitique d'un individu au temps d'Esdras, mais cette question de nationalité ou de noblesse mise à part, peuvent-ils avoir été invoqués afin de fixer le statut familial d'une personne, nous voulons dire afin de trancher le débat s'élevant par exemple entre un personnage se prétendant le fils d'un tel autre et son prétendu père? nous ne trouvons dans la Bible aucune trace de procès en réclamation ou en contestation d'état où une question de paternité fût posée; c'est, d'après nous, parce que de telles contestations ne pouvaient pas s'élever; au début de l'évolution israélite, du moins dans la partie qui nous est connue, les concepts de famille et de paternité ne permettent point d'envisager de semblables hypothèses; au fond le mot « paternité » n'implique point de rapports juridiques; la notion de paternité se confond avec ce qui en est le signe extérieur, avec la puissance². Celui donc qui tient les autres membres de la famille en sa puissance, occupe par là une place éminente et exerce un redoutable privilège : l'élection des continuateurs de la personnalité familiale; les faits ne se sont pas toujours présentés dans l'histoire hébraïque avec la rigueur du droit, pas plus que dans l'histoire romaine l'application *in facto* du droit de famille n'a présenté la rigidité qui semble se révéler à un examen postérieur de plus de deux millénaires, lorsqu'il manque à l'investigateur le souci de l'appréciation des faits et de l'analyse psychologique : il n'en reste pas moins que, avec les tempéraments apportés aux rapports familiaux par des

1. *Esdr.* II, 59-63; *Néh.*, VII, 61-65.

2. Cf. Esmein, *Mélanges*, p. 8.

affections réciproques indiscutables, par un vif sentiment de la solidarité, à cause justement de ces conditions internes qu'une analyse même attentive des textes n'atteint pas toujours, le droit du père est longtemps demeuré intact et respecté; ce droit n'était d'ailleurs autre que celui de la société familiale tout entière à n'admettre dans son sein que des individus qui lui fussent utiles et ne constituassent point pour elle une charge dangereuse, mortelle même, en un temps où le développement économique peu avancé rendait si strictes les conditions mêmes de la vie. Mais examinons les documents à notre disposition; nulle part nous ne trouvons indiquée la possibilité d'un conflit entre fils et père. Quant au statut familial, nous avons déjà énuméré les attributs divers de la *patria potestas* sur la personne de l'enfant, nous avons vu marquée partout, dans toutes les péripécies législatives réglementant le *mohar* ou le droit de correction, visant les fils de concubines, ou le droit d'aînesse, la prééminence du père, qui est la cheville ouvrière, la clé de voûte de l'agrégat familial, centre nerveux sensitif et moteur vers qui tout converge. Il n'est pas représenté, remarquons-le, comme étant à lui-même sa raison suffisante et tirant son autorité de son essence, mais comme personnifiant le groupement qu'il dirige, comme un chef qui doit entendre et recevoir des conseils, comme un gérant, qui souvent est obligé à des ménagements discrets, à des nuances de conduite subtiles par nécessité de politique intérieure ou de politique étrangère. On a voulu voir dans les versets 16-17 de l'*Ex.* XXII ou 28-29 du *Deut.* XXII la consécration législative d'une recherche de paternité¹ : ce sont les passages qui obligent le séducteur ou le violeur d'une jeune fille à épouser sa victime; nous avons vainement cherché à découvrir par quels arguments M. Lévy, qui ne donne aucune indication et ne se livre sur ce point à aucun développement, peut soutenir une

1. Lévy *op. cit.* p. 242 : « La recherche de la paternité est admise puisque celui qui séduit ou qui viole une jeune fille est tenu de l'épouser (*Ex.* XXII, 16-17; *Deut.* XXII 28-29) ». — Nous avons cité les textes ci-dessus p. 48 n. 1 et 3.

pareille affirmation; certes, nous saisissons le rapport qu'il peut y avoir au point de vue juridique entre la situation de la mère et celle de l'enfant; mais, outre que cette relation est encore passablement obscure, comment ne pas voir que les dispositions invoquées démontrent au contraire que pour la Thora l'enfant n'est rien? mais qu'on relise les textes : pas un mot n'est dit de l'enfant; toutes les préoccupations du législateur portent sur un point : effacer l'injure faite au père, réparer le dommage; le père de la jeune fille est ici au premier plan; c'est de lui qu'il s'agit, de lui, la véritable victime aux yeux du juriste comme aux yeux de l'homme du peuple; il faut punir un délinquant, indemniser un sinistré, si nous osons dire, réparer une injure et une injustice; mais il n'y a bien évidemment d'injustice et d'injure que par rapport au père de la jeune fille; quant à l'enfant qui pourra naître, si son grand-père a consenti au mariage, il suivra son père, mais si la famille de la jeune fille n'a pas voulu du séducteur pour allié, qui se souciera de l'enfant? honte vivante, témoin irrécusable d'irrégulières amours, il sera le plus souvent exposé et jeté par son grand-père hors de la maison; s'il est accepté dans sa famille maternelle, il y restera dans une situation inférieure et mal définie pour n'en jamais sortir. La législation hébraïque, du moins telle que nous la connaissons, ignore ce que c'est qu'un enfant naturel et ne semble pas permettre l'adoption, choses très explicables en un temps de polygamie¹. Cet enfant restera donc isolé, rattaché à sa seule famille maternelle, sans père aux yeux de la loi, si son grand-père n'a pas exigé que le coupable remplisse son devoir envers la jeune fille; l'enfant n'a par lui-même aucun droit, il ne pourra réclamer dans la famille une place qui ne lui a pas été destinée et pour laquelle il n'a pas été légitimement procréé. Certes, le père naturel sera connu en fait, mais en droit l'enfant

1. Peut-être est-il permis d'apercevoir comme motif second dans l'*Ex.* XXII, 16-17, et le *Deut.* XXII, 28-29, le souci de ne pas laisser l'enfant dans une situation aussi pénible que celle du *mamzer* (cf. *infra*); nous ne pensons cependant pas que le législateur israélite ait été très sensible à de semblables considérations.

né d'une telle union n'aura de père que s'il est légitimé en quelque sorte par le mariage subséquent de ses auteurs.

L'hypothèse que vise M. Lévy n'est pas une recherche de paternité naturelle, mais de paternité légitime puisque le séducteur devra épouser sa victime — et c'est pourquoi nous en avons parlé ici¹. — Ce que nous venons de dire trouvera d'ailleurs encore son application plus loin au sujet des fils naturels. Il ne saurait y avoir en droit hébraïque primitif une recherche quelconque de paternité, le père pouvant éloigner de lui et exposer les enfants légitimes qui ne lui agréeront pas. Tout au plus lorsque le principe du partage du patrimoine entre les enfants aura été posé, c'est-à-dire aux environs du VII^e siècle finissant, la question pourra être débattue de savoir si un individu donné est ou non le fils du père, c'est-à-dire fait partie de la famille et a droit à une portion héréditaire; cela a dû se présenter rarement, mais alors la question se réduit encore à un débat sur la possession d'état; nous manquons d'ailleurs totalement de documentation sur ce point, de même que nous ne savons rien sur la réclamation par le père d'un fils en puissance².

Mais en ce cas, dira-t-on, que sont ces *igénéalogies* dont nous parlions tout à l'heure? que sont ces témoignages nombreux que Josèphe mentionne relativement aux mariages sacerdotaux, ces listes portant le nom de leurs pères et de leurs ancêtres que les prêtres de la *διασπορά* envoyaient à Jérusalem³? Nous n'avons envisagé plus haut la situation de

1. C'est en quelque sorte une « action en légitimation », c'est-à-dire véritablement l'imposition au père d'un enfant qu'il n'a peut-être pas voulu; mais il faut remarquer que cela n'a point lieu dans l'intérêt de l'enfant — qui n'est rien — mais dans celui du père de la jeune fille. Il n'y a rien là d'une présomption *pater is est...* comme la connaît le droit français, d'autant que le père pourra rejeter l'enfant une fois né.

2. Nous connaissons très mal la procédure hébraïque et la technique des actions; le père devait agir, croyons-nous, comme dans une revendication d'objet en sa propriété, mais toute précision nous est ici interdite et tout développement serait dangereux.

3. *Contre Apion*, I, 7 : ...« Δεῖ γὰρ τὸν μετέχοντα τῆς ἱερωσύνης ἐξ ὁμοεθνοῦς γυναικὸς παιδοποιεῖσθαι, καὶ μὴ πρὸς χρήματα μῆδε τὰς ἄλλας ἀποθλέπειν τιμὰς, ἀλλὰ τὸ γένος ἐξετάζειν ἐς τῶν ἀρχαίων λαμβάνοντα τὴν διαδοχὴν, καὶ πολλοὺς παρασχόμενον μαρτύρας.... Πέμπουσι γὰρ (οἱ ἱερεῖς)

l'enfant que par rapport au père ; mais examinons-la maintenant par rapport aux étrangers. Un Lévite doit prouver son ascendance lévitique : cette preuve pourra sans difficulté s'administrer par témoins ; en effet, si l'on veut bien se rendre compte du problème exact qui est ici posé, on verra que la question de paternité proprement dite n'est pas en jeu et qu'à la réalité le seul point à débattre est celui de savoir quelle est la possession d'état dont jouit *is quo de agitur*. Lorsqu'on contestera l'ascendance d'un individu quel qu'il soit, la véritable difficulté sera de déterminer si, oui ou non, il fait partie de la famille dont il se prétend membre et comment il est traité par ses parents, toutes choses que la preuve testimoniale peut parfaitement établir ; le problème présentera un aspect identique, même si la question de paternité elle-même intéresse les parties en litige, comme, dans le cas des Lévites, la question de la pureté de la race¹ : il semble que pour ceux-ci le problème ait été résolu comme, dans les temps modernes, une question de noblesse : les arbres généalogiques établissaient l'ascendance, par là, si l'on veut, la paternité², ou mieux peut-être l'acceptation de l'enfant dans la famille par le père ; ils ne constituaient point une preuve immédiate et irréfragable de la paternité. Le cas des Lévites nous fait penser à l'examen des quartiers de noblesse à l'entrée d'une école de Brienne.

Nous pouvons, semble-t-il, retirer de cet examen une conclusion intéressante : il n'y a point dans les anciennes civilisations sémitiques, ou tout au moins chez les Hébreux,

εις Ἱερουσόλυμα συγγράψαντες πατρόθεν τοῦνομα τῶν γειναμένων καὶ τῶν ἐπάνω προγόνων, καὶ τίνες οἱ μαρτυροῦντες. Πόλεμος δ'εἶ κατὰσχοι, ... οἱ περιλειπόμενοι τῶν ἱερέων καινὰ πάλιν ἐκ τῶν ἀρχαίων γραμμάτων συνίστανται, καὶ δοκιμάζουσι, τὰς ὑπολειφθεῖσας γυναῖδας. Οὐ γὰρ ἔστι τὰς αἵματι λύτους γινόμενας προσίενται, πολλάκις γινούσιν αὐταῖς τὴν πρὸς ἀλλόφυλον κοινωνίαν ὑφορώμενοι. Τεχμήριον δὲ μέγιστον τῆς ἀκριβείας οἱ γὰρ ἀρχιερεῖς οἱ παρ' ἡμῖν ἀπὸ δισγυλίων ἐτῶν ὀνομαστοὶ παῖδες ἐκ πατρός εἰσιν ἐν ταῖς ἀναγραφαῖς. Οἷς δὲ τῶν εἰρημίνων ὅτιοῦν γένοιτο εἰς παράθασιν, ἀπηγύρευται μήτε τοῖς βωμοῖς παρίστασθαι μήτε μετέχειν τῆς ἄλλης ἀγιστείας.»

1. Josèphe, *l. c.* : "Ὅπως τὸ γένος τῶν ἱερέων ἀμικτον καὶ καθαρὸν διαμένη, προσγύησαν.

2. En fait, la paternité est déjà reconnue et établie avant la confection des titres généalogiques.

de présomption de paternité s'imposant au père, étayée par une présomption sur le délai de gestation¹. Le père accepte dans sa famille l'enfant de sa femme quand il le veut; il peut le repousser quand il le veut : l'enfant est en quelque sorte sa propriété, c'est le fruit de la femme; et nous croyons toucher ici à l'essence du mariage dans ces sociétés antiques : c'est une union de l'homme et de la femme où l'homme cherche une postérité et, à cet effet, est présumé accepter par avance les enfants dans sa famille et dans sa puissance²; il choisit en effet une épouse, chez les Romains, chez les Hindous, comme chez les Juifs, *liberorum quærendorum causa*³.

§ 4. — Après avoir étudié la situation du fils légitime, nous devons encore examiner le cas du fils issu d'une union illicite, du מִמְזֵר dont parle le *Deutéronome*⁴ et qui ne doit point entrer dans « l'Assemblée de l'Eternel » lui ni « même sa dixième génération ». Ce texte soulève un double problème : que représente exactement le mot de מִמְזֵר *mam'zer* et de quelle union illicite est-il ici question? en second lieu quelle est la signification exacte et la portée des mots « Assemblée de l'Eternel »?⁵

Si pour répondre à la première question nous consultons la tradition, nous verrons le Talmud considérer en premier lieu comme *mamzer* l'enfant issu d'un adultère ou d'un inceste⁶,

1. Il n'est en effet presque jamais question de ce délai. C'est seulement dans un texte de date basse (fin du II^e siècle av. J.-C. d'après Vigouroux) et écrit vraisemblablement par un Juif d'Alexandrie, la *Sagesse*, que l'on trouve : VII, 1-2 : καὶ ἐν κοιλίᾳ μητρὸς ἐγκύβητον σὰρξ, — δεκαμηνίῳ χρόνῳ παγεῖς ἐν αἵματι — V. d'ailleurs *supra*, p. 75, n° 3.

2. Sans préjudice d'une acceptation positive au moment même de la naissance.

3. Il nous semble d'ailleurs certain que, bien que la présomption de paternité n'ait jamais été formulée en droit hébraïque, le *pater* pouvait écarter du fils de sa femme les prétentions d'un étranger en opposant justement son mariage; mais ce n'était point ici la paternité physiologique qui était discutée (il n'en était peut-être même pas question) mais uniquement la puissance. — Nous retrouverons ce sujet plus tard — en parlant du droit romain — et nous pourrons mieux y insister.

4. XXIII, 2. — Ce texte ferait peut-être partie de l'*Urdeuteronomium* cf. p. 48, n° 6.

5. « Celui qui est issu d'une union illicite n'entrera point dans l'assemblée de l'Eternel; même sa dixième génération n'entrera point dans l'assemblée de l'Eternel ».

6. *Yebamoth*, 49 a [L. G. L.] — 7. *Kid*, 74 a [L. G. L.]

puis l'enfant trouvé dont on ne connaît ni le père ni la mère ou bien l'enfant dont on ne connaît que la mère. D'autre part les Septante et la Vulgate s'accordent à donner au mot *mamzer* un sens plus restreint et traduisent, l'une : *ὄν ἐισελεύσεται ἐκ πόρνης εἰς ἐκκλησίαν κυρίου* et l'autre : « non ingreditur mamzer, hoc est, de scorto natus, in ecclesiam Domini »¹. Il nous semblerait donc que ce terme a tout d'abord désigné l'enfant né d'une union passagère entre un Israélite et une prostituée, *זונה*, c'est-à-dire en fait avec une femme quelconque en dehors du mariage et du concubinat servile² et que le législateur sacré a visé ici le *vulgo quæsitus*; cet enfant n'aura pas de père connu, il n'aura donc avec celui-ci aucun rapport juridique, il ne pourra entrer dans sa famille ni prétendre à sa succession. Ce sens qui est donné par les LXX, la Version de Saint Jérôme et le Targum Jonathan, devait être le plus courant et probablement le premier en date; le Talmud admet lui aussi cette notion, puisqu'il traite comme *mamzer* l'enfant dont on ne connaît pas le père; mais les rabbins considèrent encore comme *mamzer* l'enfant issu d'une union contrevenant aux dispositions du *Deut.* XXII, 22-30; XXVII, 20, 22-25 et du *Lév.* XVIII, 6-18; XX, 10-12, 14, 17, 19-21 qui règlent les rapports charnels entre parents. Il n'y a évidemment là du point juridique qu'un *a fortiori* qui ne nous surprend pas. En réalité les versets de la Loi réprimant l'adultère³

1. Le Targum Jonathan paraphrase ainsi le *Deut.* XXIII, 2, *לֹא יָדְכִי דְּבַת־לֵד, כִּן זָנִי דְּבִיָּה מוֹכָא בִּישָׂא דְּאִתְיָהִב בְּעַמְכֵּי. הוֹלִוֹנָאִי* Brian Walton traduit dans sa « *Biblia Sacra polyglotta* » Londres 1657 : « Non est idoneus qui natus est ex scortatione in qua est macula mala quæ posita est in populis prophanis... » On trouve nettement ici le principe qui, sans avoir jamais été admis pleinement dans la *Thora*, a fini par se dégager dans la doctrine judaïque postmaccabéenne et suivant lequel on ne doit avoir aucune relation avec un étranger quel qu'il soit (cf. *Act.* X, 28 : ... ἀθέμιτον ἔστιν ἀνδρὶ Ἰουδαίῳ κολληῖσθαι ἢ προσέρχεσθαι ἄλλοφύλῳ). — Le Targum d'Onkelos se borne à répéter le mot sous sa forme chaldaïque *בְּמִזְרִי* sans le commenter.

2. Cf. la terminologie employée dans *Gen.*, XXXVIII.

3. *Deut.*, XXII, 22, il faut rapporter au cas d'adultère, XXII, 30 et XXVII, 20, peut-être même 25. Le c. XXII serait de l'*Urdeuteronomium* et le c. XXVII contient des éléments élohistiques, mais porte un cachet deutéronomistique très net.

ordonnent la mort des deux complices, il n'est pas question de l'enfant qui le plus souvent ne sera pas né lors de l'application de la peine; quant à l'inceste entre frère et sœur, il est puni, si nous osons dire, préventivement par le *Deut.* XXVII, 22, d'une malédiction prononcée par les Lévites et répétée par le peuple; il semble infiniment probable que le maudit (car il n'est ici question que de l'homme, mais la femme devra, croyons-nous, porter elle aussi le poids de la malédiction) sera retranché du peuple et banni sinon lapidé; que devient l'enfant dans tout cela? on ne peut guère penser que ce fruit de la malédiction ait été admis dans la société israélite; s'il n'a pas été tué dans le sein de sa mère, il sera rejeté dès sa naissance par son peuple et c'est alors qu'on pourra lui appliquer la loi sur le *mamzer*; mais, nous le répétons, ces cas seront très rares et l'enfant de ces unions criminelles portera la peine de ses parents¹; ce ne sera que plus tard, si nous acceptons les théories rationalistes, que, les dispositions du *Lévitique* apparaissant, de nouvelles unions devenant illicites, mais n'étant point toutes punies de mort ou d'excommunication, les enfants qui en seront issus arriveront à l'âge d'homme, ou bien que la Loi étant appliquée avec moins de rigueur, la législation sur les *mamzerim* prendra en fait une extension nouvelle. Outre aux *spurii* et aux *vulgo concepti* qu'elle a toujours visés, elle s'appliquera désormais plus fréquemment aux enfants adultérins et incestueux.

La sphère d'application de la loi une fois déterminée, il reste à connaître de quelle déchéance le *mamzer* était atteint. Si nous examinons le texte du *Deut.* XXIII 1-8, il semble que le *mamzer* soit frappé d'ostracisme, en quelque sorte, qu'il soit privé de tous ses droits civils et politiques dans le peuple d'Israël; les termes sont, en effet, très généraux. Mais si nous consultons le Talmud, nous constatons que l'incapacité dont est frappé le fils illégitime est purement et simplement celle

1. Cf. *Osée*, II, 6 : « Je n'aurai pas pitié de ces enfants, car ce sont des enfants de prostitution. » — Cf. aussi *Lév.*, XX, 20-21 et *Jér.*, XXII, 30, qui prouvent au moins que les enfants incestueux ne suivent pas le père et ne sont pas rattachés à leurs parents au point de vue civil. — Cf. aussi le cas de Tamar, *Gen.*, XXXVIII, 24.

de contracter mariage avec une femme israélite; de même un Israélite ne peut épouser une *mamzereth*¹. Devons-nous accepter sans discussion les indications du Talmud? Cela nous semble difficile, car cette interprétation va rendre beaucoup plus étroites et parfois même peu intelligibles les dispositions du *Deutéronome*. En plus de la loi sur le *Mamzer*, le c. XXIII contient quelques principes sur l'admission « dans l'assemblée de l'Éternel » de plusieurs étrangers, Ammonite, Moabite, Edomite et Égyptien. S'il ne s'agissait que de mariage, les v. 7 et 8 seraient peut-être difficiles à saisir : « Tu n'auras point en abomination l'Édomite, car il est ton frère; tu n'auras point en abomination l'Égyptien, car tu as été étranger dans son pays : les fils qui naîtront à la troisième génération entreranno dans l'Assemblée de l'Éternel ». Si la loi n'entend prohiber ici que le mariage, que signifie « cette troisième génération » et la loi tout entière? Si en effet le mariage *seul* est interdit entre une Israélite et un Égyptien et si les fils qui en naîtront au milieu de la communauté hébraïque jouissent de tous les autres droits sauf de la seule faculté de se marier, qu'importe cette interdiction puisqu'il est permis à un mariage illicite de porter des conséquences juridiques, d'autant plus que l'interdiction elle-même disparaîtra à la troisième génération? D'ailleurs le seul fait de poser cette question montre combien la théorie que nous critiquons est insoutenable; il est impossible de concevoir dans une société antique une aptitude à exercer des droits civils ou politiques naissant d'un mariage illégal et les effets d'un *jus conubii* portés sans le *conubium* lui-même. Au contraire, si nous voulons bien apercevoir dans ce texte² un règlement sur la naturalisation, il nous devient aussitôt intelligible, mais alors nous devons reconnaître qu'il s'applique à tout le statut israélite de famille

1. Yebamoth, 25a [L. G. L.]. Le Targum Jonathan donne dans sa paraphrase du *Deut.* XXIII, 2, une interprétation analogue : אֵתָא ... לְמִיּוֹב ... לְאִידְכִי. כִּשְׂרָא מִקְהֶלְעַמָּא דִּי « Non est idoneus..., ut accipiat uxorem integram ex cœtu populi Domini. »

2. *Deut.* XXIII, 3-8.

et de cité et que celui qui n'entrera pas dans l'assemblée ne participera à aucun des droits dont jouissent les membres de cette assemblée. Or la formule pour l'Ammonite et le Moabite est la même que pour le *mamzer*¹, il faut donc conclure que le *mamzer* et sa descendance seront exclus du peuple hébreu² et qu'ils ne pourront jouir d'aucune institution du droit civil créé par la Thora³.

Peut-être d'ailleurs est-ce en ce sens, pourrait-on dire, qu'il faut entendre les dissertations talmudiques, le mariage étant la base de la famille, laquelle est elle-même le substrat de la société israélite. Cependant la famille avait bien décliné aux temps postexiliques et peut-être avait-elle été atteinte ainsi que l'organisation judaïque tout entière aux temps du Christ par la conquête de Pompée et la dévastation de Tite. Peut-être pourrait-on voir dans la domination romaine qui réglemente l'exercice des droits publics, qui confère à profusion le droit de cité, qui détermine la limite même des droits privés, une des causes rendant compte de ce que les rabbins aient ainsi réduit par force la portée d'une loi à laquelle les circonstances extérieures avaient donné un coup fatal.

Nous ne rencontrons guère, semble-t-il, dans la Bible, de *mamzerim* et cependant, à y regarder de près, nous croyons pouvoir citer un exemple qui confirme l'opinion que nous avons émise : Jephthé, le Juge Jephthé est-il autre chose qu'un *vulgo conceptus*⁴?

« XI, 1 *a*. Jephthé, le Galaadite, était un vaillant héros. Il était le fils d'une femme prostituée; *b*. et c'est Galaad qui

1. Cpr., XXIII, 2 et 3.

2. Il convient de noter l'analogie d'expression entre le passage que nous étudions et *Esdr.*, X, 8 : les Israélites convoqués à Jérusalem sont menacés, s'ils ne viennent pas, de confiscation des biens et d'exclusion de « l'Assemblée des fils de la Captivité » ; il s'agit bien ici à n'en pas douter d'une sorte d'excommunication politique.

3. Par là-même d'ailleurs il ne pourra point contracter un mariage israélite.

4. D'après Wellhausen, Jephthé ne serait pas un personnage historique, mais sa légende servirait à expliquer une fête israélite (*Jud.*, XI, 40) ; il semble au contraire que Jephthé « se dégage... dans une bonne lumière historique... C'est un chef de bande ». (Lagrange, *op. cit.* p. 215. -- Cf. Renan, *Histoire*, I, p. 538 s.) La plupart des arguments de Wellhausen tombent devant une critique textuelle et surtout historico-juridique assez serrée.

avait engendré Jephthé. — 2. La femme de Galaad lui enfanta des fils qui, devenus grands, chassèrent Jephthé et lui dirent : Tu n'hériteras pas dans la maison de notre père, car tu es le fils d'une autre femme. — 3. Et Jephthé s'enfuit loin de ses frères et il habita le pays de Tob. Des gens de rien se rassemblèrent auprès de Jephthé, et ils faisaient avec lui des excursions (des razzias) 1. Or les Ammonites se mettent en guerre contre Israël et « 5. Les anciens de Galaad allèrent chercher Jephthé au pays de Tob. — 6. Ils dirent à Jephthé : viens, tu seras notre chef. — 7. Jephthé répondit aux anciens de Galaad : N'avez-vous pas eu de la haine pour moi et ne m'avez-vous pas chassé de la maison de mon père? » Certes nous rencontrons ici de grosses difficultés : pour de considérables exégètes, en effet, il y a ici une double source avec additions et développements de date basse; comment ne pas voir, disent-ils, entre le v. 4a et les v. 4b-2 une antinomie singulière? Voici en effet Jephthé, fils d'une prostituée, אִישָׁה זֹנֶה, par conséquent *vulgo conceptus*, qui va avoir un père connu, Galaad. De plus cette prostituée, mère de Jephthé, nous est donnée par le v. 2, comme « une autre femme¹ par rapport à la femme légitime de Galaad, donc une première femme ou une concubine reconnue² » puisque son fils grandit avec ceux de Galaad et de la femme de Galaad. « La meilleure explication de la divergence est de supposer deux documents³ »; dès qu'il s'agit d'ailleurs de les déterminer, l'examen des diverses théories émises par Budde, Moore ou le P. Lagrange, offre un spectacle curieux par sa variété. Sans entrer dans le détail de leur exposition ni d'une étude critique qui ne présenterait peut-être point une très haute utilité, disons que, pour nous, les versets qui nous intéressent essentiellement semblent présenter un fondement historique sûr d'origine élohistique ou yahwistique⁴, si par ailleurs ils portent la trace de remanie-

1. אִישָׁה זֹנֶה.

2. Lagrange, *op. cit.*, p. 195.

3. Lagrange, *ibid.*

4. V. ci-dessus, p. 29, n° 2.

ments et présentent des expressions « techniques, caractéristiques du Code Sacerdotal¹ ». Mais alors que devons-nous penser de cette contradiction que relèvent les exégètes, d'un *vulgo conceptus* ayant un père connu? Nous avouons que, pour nous, il n'y a là rien qui nous effraye; Galaad a très bien pu s'unir avec une femme que la Bible qualifie de זונה, prostituée et en avoir un enfant qu'il élève dans sa maison. Il n'est pas sûr, à notre sens, que le mot זונה doive toujours être traduit par *courtisane* et nous croyons qu'il s'est appliqué aux femmes entretenant des relations charnelles avec un homme en dehors du mariage et du concubinat servile²; cette union pouvait malgré tout présenter un certain degré de stabilité, mais évidemment elle devait se produire rarement et la traduction *courtisane* est exacte *in globo* puisque les unions en dehors d'un lien légal devaient surtout se produire entre un homme et une professionnelle de ce genre d'opérations et avoir, par conséquent, un caractère d'instabilité assez marqué. L'éminent directeur de l'École Biblique a d'ailleurs reconnu que « la rédaction actuelle peut se soutenir en rigueur parce qu'en somme une courtisane peut avoir un enfant d'un père connu³ ».

Cependant, si nous reprenons ce texte, ne pourrions-nous avancer l'hypothèse suivante: le mot *Galaad*, גלעד des v. 1^b et 2 ne serait-il pas d'adjonction tardive et n'aurait-il pas été introduit pour faciliter dans un sens l'intelligence des faits? Jephthé, le Galaadite, n'a pas de père connu; mais, à une date

1. Vg. le mot יוליד, faire enfanter. — Lagrange *loc. cit.* — יוליד est la 3^{me} personne s. de l'imparfait hiph'il (forme causative) de ילד.

2. V. ci-dessus p. 86, n. 2. Le mot זונה serait, selon nous, plus compréhensif encore que le grec ἐπίρα et pourrait être employé, quelle que soit la durée et la stabilité de l'union hors mariage qu'on envisage.

3. Lagrange, *loc. cit.* Peut-être est-ce à une semblable hypothèse qu'il convient de rapporter ce passage, pour nous si obscur, de la 2^e tablette *šurpu* (provenant de la Bibliothèque d'Assurbanipal) publiée par Zimmern, *Beiträge zur Kenntniss der Babylonischen Religion*. Leipzig, 1896. *Assyriologische Bibliothek*, t. XII-40. *Apla kun-na it-ta-sah, apla [la kun-na ù]-kin.* — Zimmern traduit: (Hat er) ... einen rechtmässigen Sohn enterbt, einen unrechtmässigen Sohn eingesetzt.

basse, peut-être les commentateurs n'ont-ils plus parfaitement saisi la raison de son expulsion et un réviseur bien intentionné a-t-il fait d'un point de droit, d'une expulsion juridiquement régulière, une querelle entre frères, fils d'un même père : cette méprise a été facilitée par la présence dans le texte¹ du mot **אָהִים** frères ou *consanguini* ou même *populares*, pris dans son sens le plus strict et par le peu de difficulté qu'il y avait à transformer un nom de tribu ou même de pays en nom d'homme et à donner pour père à un Galaadite Galaad. On pourrait d'ailleurs soutenir que le *Galaad* du v. 2 a de tout temps figuré dans le texte de ce verset², probablement dans une autre leçon ; mais même dans la leçon actuelle des v. 1-2 le mot *Galaad*, pourrait-on dire, ne doit pas être regardé comme désignant directement une personne et l'on doit y voir l'un des habitants de Galaad ; déjà Dom Calmet lisait au v. 1^b un « homme de Galaad » **אִישׁ גִּלְעָד** « Il faut supposer un autre nom que Galaad pour père, peut-être **אִישׁ גִּלְעָד** »³. Le mot lui-même prouve que le père n'était pas connu : on a donné pour père à Jephthé Galaad comme on aurait donné pour père à un Juif du royaume du Sud Juda et à un Palestinien de la basse époque Israël. Les prophéties de la *Genèse* XLIX, les *Lamentations* de Jérémie, entre bien d'autres passages, ont facilité et montrent la tendance de la littérature et de l'esprit juifs à la personnification des multitudes⁴ et à de semblables métonymies. L'appellation même de Jephthé nous confirme dans la pensée qu'on ne peut prendre le mot *Galaad* pour un nom d'homme. Jephthé le Galaadi, **יִפְתָּה הַגִּלְעָדִי**, c'est-à-dire du pays de Galaad, n'est jamais appelé par la Bible « fils de Galaad, **בֶּן־גִּלְעָד** » et l'omission absolue de cette formule qui fait partie du nom, ainsi que le

1. V. 5.

2. ... **וַתֵּלֶד אֶשְׁת־גִּלְעָד לוֹ בָנִים וַיַּגְדְּלוּ בְנֵיהָ אִישָׁה**...

3. Lagrange, *loc. cit.*..

4. Cf., d'ailleurs *Gen.*, X, 15, où il s'est produit un phénomène analogue : « Canaan engendra Sidon, son premier né, et Heth... »

qualificatif dont Jephthé bénéficie ¹, montre nettement que Jephthé est né au pays de Galaad de père inconnu. Que *Galaad* ait été postérieurement pris pour un personnage humain ou que le mot ait servi à une figure de style, nous croyons ne point risquer de prendre un homme pour le Pirée et pouvoir affirmer que Jephthé est véritablement un *vulgo quæsitus* qui n'a pas de père connu ; un établissement des leçons et une interprétation des textes qui nous paraissent assez justifiés, nous amènent à cette conclusion. Le *Galaad* et la *femme de Galaad*, אִשְׁת־גָּלָאָד, du v. 2 représentent donc le peuple de Galaad ; les frères, אֶחָיו, de Jephthé sont tout simplement ses concitoyens, hommes de sa génération ². Jephthé, né d'une prostituée, vécut à Mispa de Galaad pendant son enfance et sa jeunesse ; à un moment une difficulté s'éleva entre quelques Galaadites et lui pour une question d'intérêt, probablement au sujet de propriété foncière ; il se vit opposer sa qualité de *vulgo conceptus*, l'impossibilité juridique où il était d'entrer dans « l'assemblée de l'Eternel », de jouir d'un *jus domini* dans Israël, puisqu'il ne faisait point partie d'une famille et qu'il n'avait donc pas droit à une terre ³ : « tu n'auras pas d'héritage, sors, dans la maison de notre père parce que tu es fils d'une autre femme, כִּי בֶן־אִשָּׁה אַחֶרָה » ⁴. Encore une fois, il y a probablement ici une méprise par laquelle un réviseur a fait du cas de Jephthé un épisode de dissensions familiales, mais les termes employés témoignent encore du respect du document primitif : lors de son expulsion, on n'a pu reprocher à Jephthé un père inconnu, mais une mère déchuë et l'on a dit : « C'est le fils d'une autre femme ». Aussi bien conviendrait-il de rechercher quel est le sens exact du mot אַחֶרָה : il signifie *alia* et dérive du verbe אָחַר, *posterior fuit* ; ne peut-on y

1. *Jud.*, XI, 1 ; XII, 7.

2. Ainsi disparaît la contradiction dont parle M. L. Gautier, *op. cit.*, t. I, p. 258.

3. V. *Num.*, XXXVI.

4. *Jud.*, XI, 2.

voir avec assez de justesse un sens péjoratif, sens que l'on rencontre dans l'expression אלֹהִים אֲחֵרִים *alîi dii ie idola* ?

Si l'on admet cette interprétation qui se base, à la vérité, sur un concours d'hypothèses, mais d'hypothèses coordonnées¹, l'on verra dans Jephté un *mamzer* et dans son bannissement l'application peut-être avant la lettre de la loi deutéronomique : l'exemple que donne le Livre des *Juges* corrobore avec assez de force l'opinion que nous avons déjà exposée et suivant laquelle l'enfant né en dehors du mariage ou du concubinat n'a juridiquement pas de père et ne jouit donc pas, au moins jusqu'à l'époque du second Temple, du statut propre à l'Israélite. On voudra bien se reporter aux explications que nous avons déjà données plus haut² et retenir d'autre part que la naissance d'enfants simplement naturels devait constituer un phénomène rare dans l'histoire d'une famille israélite, étant donné la péricope deutéronomique XXII, 28-29 (ou *Ex.* XXII, 16-17) rapportée en son temps, et au surplus l'existence de la polygamie et du concubinat ; les *filiî naturales* devaient naître le plus souvent de rapports passagers ; ils devaient être essentiellement des *vulgo concepti* ou bien leur mère devait être une véritable *prostituée*. En tout cas le père n'a jamais désiré leur naissance et ne s'est point uni à sa compagne dans l'intention de se procurer des héritiers légitimes ; c'est là ce qui explique que la Loi ne reconnaisse entre eux et lui l'existence d'aucun lien juridique et qu'elle n'admette point ces isolés, ces *outlaws* qu'aucun groupement familial ne protège, à l'exercice des droits civils ou politiques.

§ 5. — Il nous reste, avant de clore cette étude de droit hébraïque, à examiner le cas de l'enfant né d'une union entre une Israélite et un étranger : la loi reconnaît-elle à l'étranger

1. Nous n'avons pas résolu d'ailleurs tous les problèmes posés par l'histoire de Jephté ; ainsi la question de la maison de Mispa, cf. les v. 31, 5 et 29. Il nous semble que Jephté, ayant quitté Mispa alors que « les enfants de Galaad avaient grandi », pouvait très bien y avoir eu d'abord une maison qu'il retrouva dans la suite. — Cf. v. 11.

2. P. 83.

la qualité de père? M. Lévy, probablement influencé par les décisions qu'il a relevées dans le Talmud, soutient que l'enfant suivra la condition de la mère. En effet, les rabbins veulent que « si l'enfant est issu de l'union de deux personnes dont l'une est incapable de contracter un mariage juif, par exemple de l'union d'une Juive et d'un non-Juif, il suive la condition de la mère¹. » Certes, la législation du Talmud et la jurisprudence rabbinique sont intéressantes et considérables, mais on ne peut prétendre y voir l'état du droit hébraïque avant une date assez basse, peut-être même avant les temps du Christ. Or il se trouve dans la Bible un texte visant le fils d'une Israélite et d'un Egyptien; M. Lévy le cite et semble le considérer comme une confirmation avant la lettre des théories talmudiques. Voici le passage : *Lév.* XXIV, « 10, le fils d'une femme israélite et d'un homme égyptien, étant venu au milieu des enfants d'Israël, se querella dans le camp avec un homme israélite. 11. Le fils de la femme israélite blasphéma et maudit le nom de Dieu. On l'amena à Moïse.... 12. On le mit en prison jusqu'à ce que Moïse eût déclaré ce que l'Éternel ordonnerait.... 16. Celui qui blasphémera le nom de l'Éternel sera puni de mort : toute l'assemblée le lapidera. Qu'il soit étranger ou indigène, il mourra pour avoir blasphémé le nom de Dieu² ». M. Lévy tire argument de ce que le personnage en question est « désigné plusieurs fois comme *fils d'une femme israélite* (*Lév.* XXIV, 10-11). » Nous avouons être tout disposé à tirer de cette péricope une conclusion absolument inverse : si en effet l'enfant suivait la condition de sa mère, pourquoi ne l'appellerait-on pas « Israélite » tout court? Nous pensons, pour notre part, que les mots « fils de la femme israélite », nécessaires au v. 10 pour l'exposé des faits, sont employés au v. 11 pour désigner l'individu dont il est question et n'ont pas de portée juridique en eux-mêmes, mais ils

1. *Op. cit.*, p. 241-242 rapportant les dispositions du Talmud *Kidouschin* 66b et de l'Eben Haézer (code rabbinique), c. 4, § 18. — V. aussi la Ghemara, *Yebamoth* 45. *Kidouschin* 67.

2. Cette péricope ferait partie de la *Loi de Sainteté*, v. p. 33, n° 3.

marquent bien qu'on ne confond pas le délinquant avec le peuple israélite et qu'on ne l'assimile point aux Hébreux : l'allure générale du passage l'indique en effet nettement ; mais la preuve décisive, le fait crucial, se trouve au v. 16 : si cet individu était considéré comme Israélite, était-il besoin de dire que « le blasphémateur (*étranger ou indigène*, mourra » ?¹ C'est ici, nous ne l'oublions pas, une loi générale, mais elle a été formulée à l'occasion du crime d'un fils d'Égyptien ; sauf ici, 10-25 et XXV, 47-55 (où la chose était indispensable), il n'est ordinairement pas spécifié pour chaque loi mosaïque qu'elle s'appliquera aux étrangers ; il y a à ce sujet quelques dispositions générales, par exemple *Lév.* XVIII, 26 ; XXIV, 22, mais cette formule exécutoire à l'égard des étrangers n'est à la suite des lois comme celle que nous étudions qu'un phénomène isolé. C'est donc qu'ici la qualité du délinquant dont le crime a été l'occasion de la Loi, son extranéité a inspiré le législateur et c'est bien le criminel que désigne le mot « étranger » ; ces conclusions se dégagent d'elles-mêmes à une lecture attentive du texte². Elles se confirment à l'examen du *Deut.* XXIII, 5-8³. Si en effet l'enfant n'est pas rattaché au père dans un mariage mixte entre une Israélite et un étranger, il nous est impossible de comprendre comment les enfants qui naîtront à la troisième génération d'un Édomite ou d'un Égyptien pourront entrer dans l'Assemblée de l'Éternel ou même comment un fils de Moabite ou d'Ammonite en sera toujours exclu : si en effet l'enfant suivait la condition de sa mère, cette disposition resterait lettre morte⁴.

Si nous étudions l'hypothèse inverse d'une union entre un Israélite et une étrangère, nous aboutissons à des conclusions

1. V. le v. 22.

2. La réalité des faits rapportés par le *Lév.* XXIV, importe peu dans cette discussion, — il nous suffit de retenir la pensée qui a animé le rédacteur.

3. Cf. *supra*, p. 87.

4. Les v. 7 et 8 visent directement ces mariages mixtes ; en effet, s'il n'en était pas ainsi, que signifieraient les mots « à la troisième génération » ? Comment et à partir d'où compterait-on les générations ? Cette remarque s'applique, bien que moins sûrement, au v. 5 où les mots « dixième génération » ne sont que l'équivalent de « à perpétuité ».

analogues : dans ce cas aussi un mariage Juif n'aurait pas dû pouvoir être contracté d'après les principes talmudiques et cependant l'histoire des Rois fourmille d'exemples de ces mariages mixtes : Absalom, fils de David, est fils de Maaca, fille de Talmaï, roi de Gueschur, donc étrangère¹ : Salomon a pour femmes, outre la fille de Pharaon², des Moabites, des Héthiennes³, etc.; la mère de Roboam, roi de Juda, était Naama, l'Ammonite⁴ et Achab épouse quelque temps plus tard Jézabel, fille d'Ethbaal, roi des Sidoniens⁵. Le Livre de Ruth prouve aussi la validité de ces mariages puisque Ruth la Moabite épouse un fils de Naomi et se soumet au lévirat « pour susciter une postérité à son mari ». Mais déjà l'esprit deutéronomistique marque une aversion profonde pour l'étranger⁶ et bientôt Esdras et Néhémie, sous l'influence de l'esprit sacerdotal, accentueront cette xénophobie et interdiront aux Juifs d'épouser des étrangères. Les deux derniers chapitres (IX-X) du livre d'*Esdras* et divers passages de *Néhémie* (X, 50; XIII, 25-5) rapportent les mesures prises contre les étrangères mariées à divers Israélites; ils montrent aussi par là même le nombre de ces unions mixtes et leur fréquence parmi la haute société Juive⁷; elles constituaient un danger pour la pensée et la religion d'Israël ainsi que le Deutéronomiste l'avait ouvertement proclamé⁸, ainsi que le Code Sacerdotal semble également l'indiquer⁹, et c'est à cause de ces passages de la Thora qu'Esdras pleure sur « le péché des fils de la captivité¹⁰ » et

1. II *Sam.*, III, 3.

2. I *Reg.*, IX, 16-24.

3. I *Reg.*, XI, 1-3.

4. I *Reg.*, XIV, 21.

5. I *Reg.*, XVI, 31.

6. *Deut.*, VII, 1-3; XXIII, 1-8, cf. les appréciations portées par le reviseur deutéronomistique sur les actes des rois, I-II *Reg. pass.*, en particulier I *Reg.* XI, 1-15.

7. Cf. *Esdr.*, IX, 2. — La question qui peut se poser quant à la réalité historique du personnage d'Esdras (cf. Renan, *Histoire*, III, p. 96-97) nous intéresse évidemment assez peu.

8. *Deut.*, VII, 3-4. Ce passage ferait partie, d'après M. Steuernagel, d'une édition du *Deutéronome* donnée avant 607 av. J.-C.

9. *Lév.*, XVIII, 24-50, cf. p. 33, n° 3.

10. *Esdr.*, IX, 4.

qu'il préconise la sanction efficace et le seul remède : le renvoi des étrangères¹. Cette proposition est adoptée et les chefs des prêtres et de tout Israël jurèrent de renvoyer « toutes ces femmes et leurs enfants² ». L'Assemblée d'Israël approuve ses chefs et institue une sorte de tribunal pour vider la question³; malheureusement pour nous, ni le v. 3 du c. X d'*Esdras*, ni le v. 44 du même chapitre, ni *Néh.* XIII, 24 ne nous apprennent rien de précis sur le statut juridique qu'on attribua aux enfants; en tout cas, Israël promet de ne pas s'unir par mariage « aux peuples du pays⁴ ». Tous les étrangers n'étaient peut-être d'ailleurs pas compris dans une même réprobation : outre que ces dispositions ne visaient probablement que les peuples qui vivaient au milieu d'Israël ou autour de lui, il existait parmi ceux-ci des différences de traitement : à quelques uns, le *conubium* et la naturalisation, — s'il nous est loisible de nous servir de tels mots, — étaient accordés dans certaines conditions⁵.

C'est donc seulement par l'effet d'une assez longue évolution que le Talmud a pu décider qu'en cas d'union entre deux individus, l'un Juif, l'autre infidèle, le mariage étant nul, l'enfant suivrait la condition de la mère⁶.

1. X, 11. Il est facile de constater l'influence de la pensée deutéronomistique et de l'idée sacerdotale dans *Esdr.*, IX, 11-12, qui rappellent les prescriptions « des prophètes » et qui ne sont pas une citation textuelle, mais réunissent des éléments et des extraits de *Lév.*, XVIII, 24-25, 27, et surtout de *Deut.*, VII, 1-3 et XXIII, 6; cpr., de même *Néh.*, XIII, 1-2, avec *Deut.*, XXIII, 3-5.

2. *Esdr.* X, 3 : וְהַגִּידוּ מֵהֶם « et qui geniti sunt ab eis », v. X, 5.

3. *Esdr.*, X, 12-17.

4. *Néh.*, X, 30.

5. *Deut.*, XXIII, 3-8, cf. ci-dessus, p. 87. V. Rabbinowicz, *Législ. civile*, I, p. 422, n° 2 : la défense d'épouser une païenne constitue en quelque sorte un empêchement prohibitif, mais non dirimant. Cette conclusion est amenée par les considérations historiques sur les mariages des rois que nous avons fait valoir au texte.

6. Avant de clore ce chapitre, nous tenons à présenter quelques explications complémentaires au sujet du passage du *Lév.* XXIV, 10-16, que nous citons plus haut (p. 95); on peut nous dire en effet : cette péricope porte l'empreinte de l'esprit sacerdotal; comment donc contredit-elle les conclusions que l'on peut tirer d'*Esdras*? Ne serait-il pas plus prudent, en remarquant que le *Priesterkodex* se préoccupe assez vivement de la situation des étrangers, de rester dans une sage réserve et de s'abstenir de rien induire de ce passage? Sans doute les v. XXIV,

10-16, se trouvent au milieu de ce long document qu'est la loi de sainteté (Ph.), mais nous prions de se souvenir que justement entre la rédaction de Ph. et l'assemblée d'Esdras, il ne s'est pas écoulé moins d'un siècle; « l'hypothèse a d'ailleurs été émise que, peut-être, la législation actuellement déposée dans *Lév.*, 17-26, appartenait originairement, du moins en partie, à la collection du *Yahviste* » (Gautier, *Introduction*, I, p. 166, n° 1); de plus, ce qui est au premier plan de la loi sur le blasphème, c'est la peine dont le blasphémateur sera frappé: la situation de l'enfant n'a intéressé le rédacteur que dans la mesure où cet enfant joue un rôle dans la genèse de la législation hébraïque; il est probable d'ailleurs que les faits qui ont servi de base à la rédaction de ce passage ont été rapportés par de plus anciens documents. Enfin, ce qui est décisif, c'est la contradiction elle-même: d'après les théories du Talmud et celles qu'*Esdras* semble pressentir, l'enfant devrait suivre la condition de sa mère, donc rester israélite, dans le cas envisagé par nous; or, le texte même du *Lévitique* prouve exactement le contraire, comme nous croyons l'avoir montré; ce fait considérable nous autorise à retenir l'espèce qui s'est présentée à nous et à la considérer comme représentative d'un état du droit antérieur à *Esdras* et au Talmud, ce qui ne fait historiquement ni chronologiquement aucune difficulté.

CHAPITRE SECOND

L'ANCIEN DROIT ROMAIN

L'étude du droit romain ne va point se présenter à nous avec la même simplicité, si nous osons dire, que celle du droit hébraïque; nous distinguerons en effet dans l'évolution juridique romaine deux périodes : l'une, celle de l'ancien droit, allant des origines jusqu'à l'époque impériale et au S. C. Placien, l'autre commençant aux temps d'Hadrien et s'achevant avec ce qu'il est convenu d'appeler la fin du développement juridique proprement romain à l'époque justinienne. C'est de la première période seule que nous entendons parler maintenant; les raisons de cette distinction apparaîtront d'elles-mêmes au cours de ce livre. Nous n'envisagerons point ici la situation d'un enfant issu d'un *contubernium*; elle est suffisamment connue et ne présente point d'intérêt pour notre étude¹. Nous devons donc nous préoccuper : 1° de l'enfant issu d'une union légitime, 2° de l'enfant issu d'une union non reconnue ou *a fortiori* prohibée par le droit romain.

§ I. — Entrant sans plus de préambule dans le vif de notre sujet, nous allons nous trouver arrêtés dès l'abord par un grave problème : qu'est-ce à la vérité qu'une union légitime romaine? Nous n'entendons pas revenir sur des points déjà éclaircis depuis longtemps ni parler du *conubium*, du consentement paternel ou de la puberté; nous voulons dire : parmi les modes d'union reconnus sous le principat, mariages avec

1. V. d'ailleurs ci-dessus p. 21.

ou sans *manus* et concubinat, tous sont-ils au même titre des unions légitimes et produisant des effets identiques? Non, est-on d'accord à proclamer au sujet du concubinat : s'il est pour les uns purement et simplement un concubinage¹, pour d'autres une forme d'union des sexes inférieure, mais juridiquement consacrée, il est toujours avec le *matrimonium justum* sur un pied d'inégalité marquée. Mais la question devient particulièrement difficile lorsqu'il s'agit de distinguer, entre le mariage avec *manus* et le mariage sans *manus*, quel est celui qui a été d'abord reconnu par le droit romain; de nombreux et considérables auteurs pensent en effet que le mariage sans *manus* n'a pas été, au début de la civilisation romaine, un *matrimonium legitimum* et que les enfants issus de ce mariage n'avaient pas la situation des *justi filii*²; on est même allé jusqu'à dire que les fils de patriciens, donc nés d'une *confarreatio*, avaient seuls un père légitime³.

Ces affirmations sont évidemment pour nous du plus haut intérêt et nous devons en faire la critique.

En divisant les questions, nous pourrions examiner d'abord si la *confarreatio* seule pouvait au début du droit fonder une filiation légitime, ensuite et d'une manière plus générale si la *manus* et le mariage étaient indissolublement liés.

Mais nous devons auparavant prendre position quant à la date de l'apparition du mariage sans *manus*. En effet, le texte le plus ancien où il en soit indiscutablement question, est un passage du *Cresphontes* d'Ennius qui mourut en 585 de Rome⁴, où est indiqué le pouvoir qu'a le père de la femme de reprendre

1. C'est pour cela que nous en reverrons l'étude au paragraphe traitant des enfants issus d'une union non reconnue par la loi; nous expliquerons à cet endroit comment d'après nous le concubinat est une simple union de fait ignorée du droit au moins jusqu'aux LL. Jul. et Pap. Popp. et même jusqu'aux empereurs chrétiens.

2. Karlowa, *Formen*, p. 70 et R. R. G. t. II, p. 162 : « Das Verhältnis vor Ablauf des Usus ist zunächst zwar kein legitimum matrimonium, aber doch ein matrimonium non iustum, d. h. ein matrimonium iuris gentium... in welchem die Kinder nicht dem Vater, sondern der Mutter folgen. »

3. Esmein, *Melanges*, p. 6.

4. *Reth. ad Her.* 2, 24, 38.

celle-ci chez lui et de rompre ainsi le mariage. Pour nous, nous serions porté à voir dans Cicéron, *Philipp.* 2, 28, 69¹ une répudiation sans formes faite *ex XII Tabulis* prouvant, ainsi que l'admet M. Girard², l'existence d'un mariage sans formes; et nous ne pensons pas qu'on puisse voir là un rite de la *confarreatio* : les termes employés par Cicéron sont ceux-là mêmes dont on se servait pour la répudiation unilatérale et sans forme : « suas res sibi habere »; de plus sans prétendre connaître dans tous ses détails la cérémonie de la *confarreatio*, néanmoins nous possédons sur elle d'assez nombreux renseignements qui nous sont parvenus de sources diverses, mais nulle part nous ne trouvons indiquée cette remise solennelle des clefs dont on voudrait voir ici la contre-partie en vertu de la loi de la correspondance des formes. D'autre part, nous pensons que la loi des XII Tables admettant l'*usurpatio trinocitii* reconnaît par là même l'existence du mariage sans *manus*. Certes l'argument tiré par M. Girard³ d'une considération de droit comparé est intéressant, mais outre que le droit comparé pourrait nous fournir des considérations contraires et que notamment il nous autorise à affirmer que la plupart des peuples ont pratiqué simultanément dès leur entrée dans l'histoire des formes de mariage différentes ayant ou non les mêmes effets envers les enfants⁴, nous croyons que la loi des XII Tables permettant à la femme de ne pas tomber *in manum*, ne prévoyant d'autre part rien de précis qui puisse définir la situation de la femme et des enfants hors de la *manus*, ne les distinguant point de la femme *in manu* et des enfants nés d'elle, en particulier quant au droit de succession (or les enfants d'une femme pratiquant l'*usurpatio* restaient près de leur père : de là à la mort de celui-ci, de nombreux conflits successoraux); la loi des XII Tables ne peut pas dans ces conditions avoir considéré la *manus* comme l'élément essentiel du

1. « Mimam suam suas res sibi habere jussit, ex XII Tabulis claves ademît, exegit. »

2. *Manuel*, p. 149, n. 3.

3. *Loc. cit.*

4. Declareuil, *op. cit.*, p. 525, n. I; y voir les références.

matrimonium justum. Enfin nous croyons pouvoir trouver une preuve de l'existence légale du mariage *sine manu* à l'époque de la *rogatio* de Canuleius dans un passage de Tite-Live¹ : dans le discours qu'il prête au tribun de la plèbe, l'historien fait prononcer à celui-ci des paroles si nettes sur lesquelles nous reviendrons d'ailleurs par la suite : « Nempē patrem sequuntur liberi. Rien ne sera changé ni en fait ni en droit, lorsque le *conubium* aura été accordé à la plèbe : assurément les fils suivent le père ». Ainsi donc, à nous en tenir au texte que nous rapportons, les plébéiens ont dès avant la *Lex Canuleia* une famille de type patriarcal ; ils connaissent un mariage qui rattache les enfants au père ; d'après les théories que nous critiquerons bientôt, seul le mariage avec *manus* aurait pu dans les premiers temps de l'histoire romaine produire un tel effet ; or d'autre part, de quelle forme de *conventio in manum* les plébéiens pouvaient-ils disposer au IV^e siècle de Rome ? Pour nous, comme nous l'exposerons plus tard, la *coemptio* est de formation secondaire, tout au plus contemporaine des XII Tables, elle n'a donc pu, dans le laps de temps très court qui sépare les Tables de la *Lex Canuleia*, se développer de façon suffisante pour devenir un mode de mariage assez universellement employé par les plébéiens et qui ait pu fonder chez eux l'origine de la filiation paternelle. Reste l'*usus* ; mais les Tables ont prévu et autorisé l'*usurpatio trinoctii* ; si, comme il est probable, les Tables ont consacré législativement des usages préexistants, ou même si elles ont créé cette échappatoire à l'*usus*, comment comprendre que Canuleius n'ait pas indiqué qu'il y avait des plébéiennes qui en profitaient ? Comment la *Lex Canuleia* n'a-t-elle pas prévu ces cas, si alors l'enfant suivait la mère ? Au contraire rien n'en est dit, rien n'en est resté dans la tradition ni dans les sources que Tite-Live a utilisées ; c'est donc que hors de l'*usus*, même en cas d'*usurpatio*, l'enfant a une filiation paternelle, cette filiation s'établit déjà hors de la *manus* : en bref, le mariage *sine manu* est incontestablement un *matrimonium justum*.

1. IV, 4.

Mais descendons plus avant dans l'examen des diverses théories que nous avons indiquées.

Les Patriciens étant ceux *qui patrem eiere possunt, id est nihil ultra quam ingenuos*¹, M. Esmein conclut de ce texte et de quelques autres à l'antériorité de la *confarreatio* sur la *coemptio* et l'*usus*, puisque ce mode religieux de *conventio in manum* n'était point accessible aux plébéiens qui, eux, auraient eu une mère et point de père, des cognats et point d'agnats²; mais, avant d'admettre une semblable théorie qui place les plébéiens, jusqu'aux temps de Servius Tullius, peut-être même jusqu'après les XII Tables, sous un régime si spécial et ne leur reconnaît au point de vue du droit public qu'une organisation constituée sur un type de matriarcat, nous devons procéder à notre tour à un examen des textes. M. Esmein n'en cite guère que quatre visant les patriciens : outre celui de Tite-Live déjà rapporté, il donne un extrait de Dion. Hal. II, 8, un de Plutarque *Quaest. Rom.* 58, et renvoie à un passage de Festus v^o *Patricii*. La thèse de M. Esmein est infiniment séduisante et l'on est facilement porté à croire, en lisant son argumentation, que les Patriciens ont été, dans la Rome antique, les seuls à pouvoir désigner leurs pères, c'est-à-dire les seuls à avoir une famille véritable constituée sur le type patriarcal, les seuls qui aient pu, en un mot, contracter un mariage valide aux yeux du droit public romain développé. Mais une critique attentive des textes cités peut-elle confirmer ces conclusions? Si en effet nous prenons le passage de Denys, nous verrons que cet auteur raconte comment Romulus, à la fondation de la Ville, sépara les hommes illustres par leur race, célèbres par leur courage, et riches, qui avaient déjà des enfants, οἷς ἤδη παῖδες ἦσαν, des petites gens; il appela celles-ci Plébéiens, ceux-là *Patres*, soit parce qu'ils avaient des enfants³, soit à cause de la célébrité de leur race, soit à cause de tout cela ensemble. Mais

1. Liv. X, 8.

2. *Mélanges*, p. 5 et s.

3. Τοὺς δ' ἐν τῇ χρεῖττονι Πατέρας (ἐκάλει ..) εἴθ' ὅτι παῖδες αὐτοῖς ἦσαν....

quelques détracteurs de la fortune romaine disent que les Patriciens ne durent pas leur appellation aux causes ci-dessus énumérées : ils auraient été ainsi nommés parce que seuls ils pouvaient désigner leurs pères, οὐ διὰ τῶντα Πατρικίους ἐκείνους κληθῆναι φασι, ἀλλ' ὅτι πατέρας εἶχον ἀποδεῖξαι μόνοι. Comme si, ajoute Denys, le reste de la population n'avait été qu'une tourbe de fugitifs et de gens ne pouvant désigner comme père un homme libre, ὥς τῶν γ' ἄλλων δραπετῶν ὄντων, καὶ οὐχ ἐχόντων ὀνομάσαι πατέρας ἐλευθέρους.

Il apparait donc nettement que c'est ici, non pas la condition juridique des Patriciens qui est en jeu, mais leur recrutement aux origines de la Ville. D'après quelques auteurs, la classe des Patriciens aurait été formée par tous les ingénus qui étaient en très petit nombre, le reste de la population provenant de l'asyle ouvert sur le Capitolin, étant donc composé de gens sans aveu et en majorité d'esclaves fugitifs venant des cités voisines. Quant à la portée générale du passage, il convient de retenir, selon Christensen¹, que « an dieser Stelle haben wir die naïve Idee, dass die Scheidung der Patricier und Plebejer auf dem Acte eines Gesetzgebers beruhe, sicherlich der eignen Klugheit des Dionys zu danken ». On s'aperçoit en rapprochant ce passage² de Cicéron *de rep.* 2, 12, 25³ et de Liv. 1, 8, 7⁴, que ces trois documents dérivent d'une source commune et que d'autre part « so einfach und verständlich Cicero und Livius sind, ebenso geradezu unsinnig ist der Bericht des Dionys... Denn Dionys sagt doch mit dünnen Worten, dass Romulus die Reichen — εὐποροί, an sich schon ein sehr vager Begriff — mit dem Namen *patres*, ihre Nachkommen mit dem der *patricii* belegt habe. Daraus folgt, dass alle Nachkommen der zu Romulus' Zeit lebenden *Patres* Patricier hiessen, dass also der Name *Patres* nur zur Zeit des

1. « Die ursprüngliche Bedeutung der Patres », *Hermes*, 9, p. 204-205. V. Fustel, *De la plèbe, Questions historiques*, p. 416.

2. Spécialement les mots : κληθῆναι φασι τοὺς ἀνδρας ἐκείνους πατέρας καὶ τοὺς ἐχόντους αὐτῶν πατρικίους.

3. « Ut eos patres vellet nominari patriciosque eorum liberos ».

4. « Patres certe ab honore patriciique progenies eorum appellati ».

Romulus in Geltung war¹ ». Nous n'admettrions peut-être pas sans difficulté toutes les suggestions de Christensen; il reste cependant démontré que le texte de Denys est particulièrement vague et imprécis, qu'il ne fournit guère une base sérieuse pour une critique historique délicate. Mais d'ailleurs et plus spécialement sans discuter le fondement de l'opinion que Denys rapporte sans l'admettre lui-même, il nous suffit de reconnaître que cette théorie ne permet point de préjuger ce qui se sera passé quelque temps après la fondation de la Ville, de décider quelle aura été l'évolution juridique postérieure : dire que les Patriciens étaient à ce moment les seuls à pouvoir désigner leur père, est-ce dire que, un certain temps après, la population de l'asyle s'étant organisée, ayant fondé des familles naturelles, ces plébéiens ne pourraient eux aussi désigner leur père? Dans Denys, nous ne voyons indiquée que l'impossibilité matérielle où étaient ces gens venus de toutes parts du Latium, de ces esclaves, de se dire membres d'une famille quelconque, mais non point une impossibilité juridique, une incapacité dont ils fussent frappés et qui les empêchât dans l'avenir de se marier et de se dire les pères de leurs enfants².

Si nous passons au texte de Plutarque, les mêmes conclusions s'imposeront-elles à notre jugement? Voici le passage : *Quaest. Rom.* 58. « Διὰ τί τῶν συγκλητικῶν τοὺς μὲν Πατέρας συγγεγραμμένους, τοὺς δὲ ἀπλῶς Πατέρας πρὸς τῆς γένεσιν » ; Ἡ τοὺς μὲν ἐξ ἀρχῆς κατανημεθίνοντας ὑπὸ τοῦ Ῥωμύλου Πατέρας ἐκάλουν καὶ πατρικίους, οἷον εὐπατρίδας ὄντας, πατέρας αὐτῶν ἔχοντας ἀποδείξαι τοὺς δὲ ὕστερον ἐπεγγραφέντας ἐκ τῶν δημοτικῶν συγγεγραμμένους Πατέρας ὠνόμασαν.

La discussion porte sur la distinction des *Patres* et des *Patres conscripti* au sein du Sénat : les *Patres* seraient ceux-là mêmes qui auraient été choisis au début de l'État romain

1. V. d'ailleurs Christensen, *loc. cit.*, p. 205, n° 1.

2. Le οἷς ἤδη παῖδες ἦσαν que nous citons plus haut semble bien corroborer notre opinion et marquer que l'appellation de *Patres* a été déterminée par de pures considérations de fait et non de droit.

par Romulus et ce mot de *Patres* aurait naturellement donné celui de *Patricii* puisque les Patriciens étaient les seuls à pouvoir *patrem ciere*, non pas à pouvoir désigner leur père, mais à pouvoir désigner un *Pater*, c'est-à-dire les seuls qui faisaient partie d'une *gens* dont le chef était un *Pater* et siégeait au Sénat¹. Il est bien évident que cette étymologie fantaisiste que l'on retrouve dans Liv. X, 8² ne constitue qu'un jeu de mots qui, pour être rapporté par les plus graves historiens de l'antiquité latine, n'en acquiert pas plus de valeur documentaire³; mais il est clair aussi que dans cette locution *patrem ciere* le mot *pater* ne signifie point *genitor*, mais purement et simplement sénateur et chef de *gens*⁴ : il ne nous paraît donc pas possible de voir dans le texte de Plutarque ni même dans celui de Tite-Live un renseignement sûr dont nous puissions faire état. « Die Incorrectheit, dit Christensen, *loc. cit.*, p. 197, und Unbeständigkeit, die uns bei Livius in Bezug auf die Anwendung nicht nur des Wortes *patres*, sondern überhaupt staatsrechtlicher Ausdrücke entgegentritt, ist ein sicherer Beweis dafür, dass er hierin durchaus dem eigenem Gutdünken folgt und in Folge dessen auf seine Ausdrucksweise durchaus kein Gewicht gelegt werden darf ». Nous retiendrons cependant que Décius assigne aux Patriciens la même origine que la théorie rapportée et rejetée par Denys :

1. Il faut noter que le mot *Patres* désigne primitivement d'après Christensen *op. laud.*, p. 196 et s. « wie vollgültige Zeugnissen geht also mit Sicherheit hervor... der (patricischen) Sénat » (p. 199). « Noch ist aufmerksam zu machen, dass *patres* eine offizielle Bezeichnung der Körperschaft ist, wie später *patres conscripti*, und damit hängt es zusammen, dass der Einzelne als Mitglied derselben nicht *pater*, sondern *unus patrum* oder *e patribus* genannt wurde » (p. 208). Cette dernière remarque nous semble de haut intérêt pour nous ainsi que cette autre faite à la même page, n° 3... « dass niemals ein Patricier als solcher *unus patrum* oder *e patribus* genannt wird » mais simplement *patricius*, sauf cependant en quelques passages d'auteurs de basse date, comme Liv. 21, 63, 3.

2. « En unquam fando audistis patricos primo esse factos, non de coelo demissos, sed qui patrem ciere possunt, id est nihil ultra quam ingenuos » (discours de P. Décius).

3. Cf. Lécivain dans D. S. v° *Patricii* n° 2. *Patricii* vient régulièrement de *Patres*.

4. *Pater* n'a certainement pas dans la haute antiquité latine le sens de *procréateur*, mais seulement celui de *dominus*. Nous le traduirions volontiers par le mot allemand de *Gewalthaber*. Il n'est pas besoin de rappeler que la racine *pot*, *pod* se retrouve dans le mot *pod-se*, *posse*.

ont été choisis au début, *primo esse factos*, comme *Patres* les ingénus, à l'exclusion de tout le reste de la population romaine et peut-être même pouvons-nous saisir ici comment cette théorie est arrivée à se former : lorsqu'on eut décidé que *Patricii* dérivait de *Patrem ciere*, on s'avisa qu'il était nécessaire d'expliquer comment les Patriciens étaient les seuls à pouvoir désigner un père : il se trouva une explication toute simple que la légende de l'asyle fournit bénévolement ; les Patriciens étaient les rares ingénus ; en dehors d'eux fut laissée la masse de gens sans foyer qui composait l'effectif de l'asyle ; nous devons cependant noter que plusieurs documents s'accordent à nous faire voir dans les Patriciens les ingénus de la première population romaine : Denys nous l'a fait pressentir, Tite-Live nous le confirme, enfin, Festus déclare : « *Patricios, Cincius ait, in libro de Comitibus, eos appellari solitos qui nunc ingenui vocentur* ». Ainsi pourrions-nous avoir la clé de ce mystère : si les Patriciens représentaient à eux seuls tous les ingénus de Rome et si en dehors du Patriciat, il n'était que des esclaves, des affranchis, *liberti* ou *libertini*, des *Spurii* ou descendants d'eux, si l'on peut opposer Plèbe et Patriciat, comme en droit attique métèques et citoyens, il n'est point étonnant que la Plèbe ait été négligée et méprisée au point qu'on allât jusqu'à admettre l'étymologie *patrem ciere* pour *Patricii* ; il conviendrait d'ailleurs de retenir que la plèbe romaine se serait ainsi insensiblement formée de vaincus déportés à Rome, de clients mis hors du lien de patronat ou de bâtards, en un mot d'individus qui ne faisaient pas partie d'une *gens* et n'étaient donc pas *ingenui* au sens étymologique du terme : ces individus ne pouvaient donc désigner leur *pater*, chef de leur *gens* ; est-ce à dire qu'ils ne pouvaient désigner leur père ?

Certes il faut noter, ainsi que le fait judicieusement observer M. Piganiol¹ à la suite de M. Pais, que l'histoire de Rome a été délibérément altérée par les pontifes dans l'intérêt

1. *Essai sur les origines de Rome*, p. 235-237, v. les références qui y sont indiquées.

des patriciens : « les pontifes ont rédigé l'histoire pour prouver que les patriciens furent à l'origine les seuls citoyens de Rome, que le nom de patricien fut primitivement équivalent à celui d'hommes libres, ce qui est la plus audacieuse falsification. Dans la mesure où l'histoire romaine dépend des annales des pontifes, elle n'est qu'un pamphlet patricien ». Enfin à l'opposé de cette opinion selon laquelle les plébéiens seraient une populace que les patriciens ont menée durement et à laquelle ils n'ont que tardivement reconnu des droits, il semble qu'on puisse relever « des indices, nous ne dirons pas seulement de la pleine aptitude juridique, mais encore de l'hégémonie des plébéiens à l'époque royale; et ainsi l'État plébéien du ^v^e siècle, loin d'être une création nouvelle, aurait recueilli et sauvé tout ce qu'il était possible de sauver de l'indépendance primitive de la plèbe »¹. Bien évidemment les théories sur la formation de la plèbe sont de grand intérêt quant à la solution du problème qui nous occupe : pour nous, nous serions porté à admettre les hypothèses émises déjà par Fustel de Coulanges², reprises sur un autre terrain par M. G. Bloch³ qui ont inspiré l'essai d'explication présenté plus haut. Cependant M. Piganiol, marchant sur les traces de Binder, met en avant un autre système : « l'histoire romaine primitive aurait pour acteurs deux grands peuples : — d'une part les Albains du Palatin, identiques à la tribu des Ramnes, aux patriciens des *gentes maiores*, d'origine septentrionale, de parenté indo-européenne, — renforcés à la fin du ^{vi}^e siècle par la tribu des Lucères, identiques aux Ombriens étrusquisés du Cœlius, aux patriciens des *gentes minores*; — d'autre part les Sabins du Capitole, identiques à la tribu des Tities, à la plèbe, aux *Quirites*, peut-être d'origine illyrienne, sûrement de tradition méditerranéenne »⁴. Or, du point de vue du droit de famille, la tradition indo-européenne serait de type

1. Piganiol, *op. cit.*, p. 247.

2. *Questions historiques*, p. 455 et s.

3. *La plèbe romaine*.

4. *Op. cit.*, p. 254-255.

patriarcal, la tradition méditerranéenne, de type matriarcal. « Conformément à l'étymologie antique, les patriciens sont ceux dont la filiation s'établissait de père en fils; et les luttes passionnées au sujet du *conubium*, vers 445, lors de la rogation de Canuleius, ne s'expliquent bien que par l'opposition foncière des deux droits familiaux; tout deviendrait clair si la filiation plébéienne s'établissait en ligne maternelle »¹. « Il semble que ce sont les plébéiens matriarcaux qui, par l'invention de la clause du *trinoctium*, ont obtenu peut-être au v^e siècle de créer une modalité de mariage par *usus* qui leur convînt² »... « La femme qui, durant l'année, passe un *trinoctium* dans sa famille, demeure en puissance de son père et on peut se demander si ses enfants ne demeurent pas également dans la famille maternelle »³. Mais nous croirions volontiers avec M. C. Jullian que « quand on fait intervenir pour comprendre la plèbe et le patriciat, incinération et inhumation, matriarcat et patriarcat, on fait descendre en plein temps historique des idées qui ont pu disparaître avant l'âge du bronze »⁴. Pour nous, l'hypothèse d'une plèbe matriarcale nous trouve assez sceptique: sans vouloir nier d'ailleurs qu'on puisse relever à l'époque historique quelques indices dénotant d'anciennes pratiques matriarcales, nous ne croyons pas que l'aspect général du droit au début de la République permette une semblable supposition⁵; plus particulièrement nous nous demandons si les affirmations de M. Piganiol sont conciliables avec ce que nous savons de la *lex Canuleia*; nous ne comprenons guère comment l'hypothèse du matriarcat peut tout éclairer et notamment comment elle s'accorde avec le discours de Canuleius dans Tite-Live. Ce passage suppose nécessairement que la famille plébéienne est organisée sur le type patriarcal et plus spécialement que la filiation paternelle est

1. *Ibid.*, p. 159.

2. *Ibid.*, p. 166.

3. *Ibid.*, p. 165.

4. *Revue des études anciennes*, XIII, 1911, 564. M. Piganiol cite ce texte, p. 514.

5. Que M. Piganiol appuie d'hypothèses assez risquées, v. notamment p. 166.

établie: tant le discours des consuls dans le Sénat¹ que la réponse de Canuleius² ne permettent point de conclure qu'entre patriciat et plèbe il existait une différence intrinsèque dans la construction juridique de la famille; tout au contraire démontre que l'un et l'autre parti connaissaient une même économie du groupement familial: le patriarcat. « Quid enim in re est aliud si plebeiam patricius duxerit, si patriciam plebeius? Quid juris tandem mutatur? Nempe patrem sequuntur liberi. » Certes Tite-Live a pu se tromper, prêter à Canuleius des paroles qui ne seraient que l'expression de ses propres concepts, évidemment informés par l'état social qu'il apercevait autour de lui. Cependant nous avons là un document formel sur qui nous ne pouvons délibérément passer, en tout cas une preuve nette de l'absence dans la tradition de toute notion de transformation au iv^e siècle de Rome dans le régime familial plébéien; ce bouleversement profond qui aurait atteint les bases mêmes de la structure sociale s'il s'était réellement produit aux temps historiques, aurait laissé des traces précises dans la mémoire des hommes. « Sans doute la chronologie de cette époque nous offre peu de garanties, mais..., cette loi (Canuleia) inséparable de l'institution du mariage par *usus* ne doit pas être antérieure à la législation des Douze Tables, or cette législation elle-même ne doit pas se placer avant le milieu du v^e siècle av. J.-C..., nous ne plongeons pas en des temps tellement anciens que la persistance d'un tel état de choses, aussi anormal, en opposition aussi radicale avec le droit actuel n'eût pas dû frapper vivement les générations suivantes et laisser dans leur mémoire des traces visibles, aisément reconnaissables »³. Ainsi donc nous ne pouvons admettre la thèse de M. Piganiol: pour nous, les plébéiens comme les patriciens se rattachent à leur père, ainsi que nous l'avons exposé plus haut, après avoir critiqué les textes invoqués en sens contraire.

Si d'ailleurs, poursuivant notre examen, nous recherchons

1. Liv. IV, 2.

2. IV, 4.

3. Bloch, *l. c.* t. 1, 106, p. 259.

à travers les écrivains latins les plus divers des passages où le mot *Patricii* soit employé et commenté, nous en trouverons un certain nombre qui ne nous donnent pas l'explication étymologique de *patrem ciere*, mais qui, moins soucieux du détail philologique, sont peut-être historiquement plus exacts dans leur imprécision : Cicéron par exemple, en deux endroits du *de Rep.*, parle de l'appellation de *Patres* :... « In regium consilium delegerat (Romulus) principes qui appellati sunt propter caritatem patres »¹ «... ille Romuli Senatus qui constabat ex optimatibus, quibus ipse rex tantum tribuisset, ut eos patres vellet nominari patriciosque eorum liberos... »² et voici ce que dit Salluste à ce sujet : « Delecti, quibus corpus annis infirmum, ingenium sapientia validum erat, reipublicae consultabant. Hi, vel aetate, vel curae similitudine, Patres appellabantur »³. Enfin Tite-Live lui-même nous enseigne que la dénomination de *Patres* est honorifique : il ne rapporte point ici où la chose serait bien à sa place, de quel privilège le mot *patricii* tire son origine et il se borne à cette explication : 1,8. « Quum jam virium haud poeniteret, consilium deinde viribus parat (Romulus) : centum creat Senatores, sive quia is numerus satis erat, sive quia soli centum erant qui creari patres possent. Patres certe ab honore, patriciique progenies eorum appellati »⁴.

Ne semble-t-il donc pas qu'il soit impossible de voir dans les patriciens les seuls Romains dont la famille fut organisée patriarcalement et reconnue par le droit public ? Cette thèse n'apparaît point comme démontrée, mais plutôt comme improbable ; on ne peut guère, à notre sens, induire raisonnablement des textes cités l'existence, à un moment de l'évolution dans la haute antiquité romaine, d'un principe juridique d'après lequel les *Patres* fussent seuls à avoir légalement une famille.

Mais notre tâche n'est point achevée ; nous devons aller plus

1. *De Rep.*, II, 8.

2. *Ibid.*, II, 12.

3. *Cat.* VI.

4. V. Liv. IV, 4 : *sed per cooptationem in Patres habetis* : v. en outre la masse de textes cités par Christensen, *loc. cit.*, p. 198-199.

loin et examiner encore si, tant pour les Patriciens que pour les Plébéiens, le mariage avec *manus* n'était pas le seul fondement légitime de la famille et si l'union de l'homme et de la femme hors de la *manus* était ou non une simple union de fait. On invoque volontiers pour démontrer le caractère irrégulier et imparfait du mariage sans *manus* le passage des *Nuits attiques* où Aulu-Gelle rapporte la formule de l'Arrogation : « Arrogatio autem dicta quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. Ejus rogationis verba hæc sunt : Velitis, jubeatis uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matrequefamilias ejus natus esset : utique ei vitæ necisque in eum potestas fiet, uti pariendo filio est : hoc ita ut dixi, ita vos, Quirites, rogo »¹. On sait par quelle suite de raisonnements de considérables auteurs² voient en ces deux passages, non sans justesse, semble-t-il, la preuve de l'infériorité du mariage sans *manus* ou même de son inexistence en tant que *matrimonium legitimum*. La femme dont les enfants sont soumis à la puissance paternelle est appelée *materfamilias*; or dans la vieille langue ce mot désigne exclusivement la femme *in manu mariti*, toute autre épouse étant appelée *uxor*. La formule de l'Arrogatio nous reporterait donc à une époque où seuls étaient légitimes et soumis à la puissance paternelle les enfants nés d'un mariage avec *manus*³. Le point délicat est de savoir ici quelle signification exacte assigner au mot *materfamilias*. M. Esmein cite Cicéron, *Top.* III, 14⁴; Gell. IV, 5; III, 2; XVIII, 6⁵ deux au

1. Gell. V, XIX, 9.

2. Notamment Esmein, *Mélanges*, Karlowa, *Formen*, p. 71-74, n° 184. — cf. aussi Karlowa R. R. G. t. II, p. 169 : « Auch die Arrogationsformel zeigt noch dass iustus filius im vollsten Sinne nur der war qui ex eo patre matrequefamilias ejus natus erat. » Or, pour Karlowa le mot *materfamilias* ne désigne qu'une femme *in manu*.

3. Esmein, *l. c.*, p. 7 et 8. Karlowa, *Formen*, p. 71 : « Bevor die Ehe ohne manus als matrimonium legitimum anerkannt war, konnten die derselben entsprossenen Kinder nicht als iusti filii gelten. Wir haben dafür noch eine indirecten Beweis in der... Arrogationsformel. »

4. « Genus est uxor; ejus duæ formæ; una matrumfamilias, eæ sunt quæ in manum convenerunt, altera earum quæ tantum modo uxores habentur.

5. « Matronam dictam esse proprie quæ in matrimonium cum viro convenisset,

moins de ces textes — ceux que nous donnons en note — semblent bien légitimer son assertion; le malheur veut qu'un plus grand nombre encore de passages puisse être relevé où le mot *materfamilias* est pris en des sens divers et flottants et où il ne paraît guère être employé avec la signification juridique précise dont on veut le revêtir. M. Labbé a montré¹, avec textes à l'appui, que le terme qui nous occupe, a été pris dans le sens d'*uxor in manu patrisfamilias*², de femme honorable *in manu mariti vel non*³, de femme *sui juris*⁴. Que le sens du mot ait évolué, ce passage de Boëce, *ad Top.* II, 3, 14, suffirait à le prouver : « quae autem in manum per coemptionem convenerant eae matresfamilias vocabantur, quae vero usu vel farreo minime ». Karlowa explique d'ailleurs que la *confarreatio* et l'*usus* ne produisaient plus *die alten vollen Rechtswirkungen*, ainsi qu'en témoigne l'édit impérial rapporté par Gaius I, 156, et Tacite, *Ann.* IV, 16, d'après lequel la femme mariée par *confarreatio*, *quod ad sacra tantum videatur in manu esse*, mais « in allen übrigen Beziehungen so angesehen werden soll als sei sie nicht in der manus des Mannes eingetreten. Darnach konnte solche Frau also bürgerlich nicht mehr als *materfamilias* bezeichnet werden »⁵. Cependant il reste toujours que le mot *materfamilias* a été pris en des acceptions différentes, en tous cas trop inconstantes pour qu'on puisse admettre que dans la formule de l'*arrogatio* il désigne explicitement la femme *in manu*; d'ailleurs il semble probable

quoad in eo matrimonio maneret etiam si sibi liberi nondum nati forent, dicatque esse ita a matris nomine non adito jam sed cum spe... adipiscendo... Matrem autem familias appellatam esse eam solam quae esset in mariti manu mancipioque : aut ejus in cujus maritus manu mancipioque esset quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset ».

1. N. R. H. 1887, t. 11, p. 1-20.

2. Ulp. l. 195, § 2, D. 50, 16 de V. S. v. Festus, v°. *Mater familias*.

3. Ulp. l. 46, 1, D. 50, 16 de V. S.; l. 3, 6, D. 43, 50 de lib. exh. — Marcellin, l. 41, 1 D. 25, 2 de R. N. — Cicéron *Pro Coelio*, XIII. — Plaute, *Stichus*, l. sc. 2, v. 4.

4. Ulp. *Reg.*, IV, 1 et l. 4, D. I, 5, de his qui sui. — Africain, l. 34 D, 24, 3. *Solut. Matrim.*

5. R. R. G., t. II, p. 156-157.

qu'en ce cas il a été choisi comme étant l'expression la plus brève et la plus nette.

Un autre passage d'Aulu-Gelle¹ est aussi invoqué à l'appui de la théorie d'après laquelle le mariage avec *manus* est le seul *matrimonium legitimum* : « Pellicem appellatam probrosamque habitam quae juncta consuetaque esset cum eo in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret, hac antiquissima lege ostenditur, quam Numa regis fuisse accepimus : Pellex aedem Junonis ne tangito ; si tangit, Junoni crinibus demissis agnum feminam caedito ». Ainsi n'était notée d'infamie au temps des rois que la concubine d'un homme marié dont la femme légitime était *in manu mancipioque* : « C'est donc qu'aux temps anciens la femme qui n'était pas *in manu mariti* était bien près d'être regardée elle-même comme une concubine »². Karlowa³ rapproche de ce texte un passage de Paul Diacre v^o *Pellices* et la définition que, d'après Paul, Masurius Sabinus et Granius Flaccus donnent de la concubine l. 144 D de V. S. 50, 16. — Paul Diac, v^o *Pellices* : « Pellices nunc quidem appellantur alienis succumbentes, non solum feminae sed etiam mares ; antiqui eam proprie pellicem nominabant quae uxorem habenti nubebat, cui generi mulierum etiam poena constituta est a Numa Pompilio hac lege : Pellex aram Junonis ne tangito ; si tanget, Junoni crinibus demissis agnum feminam caedito ». — l. 144 D. h. t. : « Paulus lib. X ad leg. Jul. et Papiam : Libro Memorialium Masurius scribit pellicem apud antiquos eam habitam quae cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de Jure Papiriano scribit pellicem nunc vulgo vocari quae, cum eo, cui uxor sit, corpus misceat : quosdam⁴ eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam *παλλακὴν* Graeci

1. *Noct. Att.*, IV, III, 5.

2. Esmein, *l. c.*, p. 26.

3. *Formen*, p. 74, n^o 184.

4. Karlowa, *l. c.*, fait remarquer *nach verschiedenen älteren Rechtshistorikern*, qu'il est nécessaire de lire *quondam* au lieu de *quosdam* pour rendre possible la construction de la phrase.

vocant ». Karlowa va au-devant de la difficulté soulevée par ces textes et tâche à écarter leur « apparente » contradiction : Paul Diacre montre clairement par son expression : « *Antiqui eam proprie pellicem nominabant* »... que déjà, dans les temps anciens, il existait à côté de la signification technique qu'il rapporte, une autre signification qui, elle, nous serait indiquée par Masurius Sabinus et Granius Flaccus : le jurisconsulte et le grammairien nous disent que, dans l'antiquité Romaine, (la correction proposée par Karlowa étant admise) la compagne d'un célibataire était appelée *pellex* et Flaccus ajoute qu'à son époque le mot *Pellex* désigne seulement la concubine d'un homme marié. Si ni Masurius ni Flaccus ne nous rapportent l'autre signification que *Pellex* aurait eue dans l'ancien temps — *Kebsweib neben einer Ehefrau* — que mentionne Paul Diacre, rien d'étonnant, puisque tous deux ont en vue le temps où ils vivaient et dans lequel la compagne d'un célibataire n'était plus appelée *pellex* mais *concubina*, particularité qui seule les intéresse et qu'ils ont voulu signaler.

Malheureusement cette explication d'une séduisante ingéniosité révèle à l'examen quelques faiblesses : il nous paraît d'abord bien singulier que Paul Diacre qui puisait ses renseignements dans Festus et Verrius Flaccus¹, n'ait pas rapporté en scrupuleux lexicographe toutes les acceptions du mot *pellex* si, à côté de celles qu'il indique, il en était une autre assez fréquente et assez importante, comme celle que Masurius et Flaccus nous indiqueraient — ce qui serait d'autant plus curieux que celle-ci diffère notablement de celle-là — le mot *proprie* n'a été employé par Paul que pour distinguer l'opinion des anciens de celle de ses contemporains qu'il a déjà rapportée : « *alienis succumbentes, non solum feminæ sed mares* ». D'autre part nous pouvons très bien ne pas admettre la lecture de Karlowa² et respecter le texte de la loi 144 au D. : il suffit de sous-entendre, après *quosdam, vocare*; c'est alors

1. Ainsi que Karlowa le reconnaît : « Paulus entlehnt bekanntlich sein Wissen durch Vermittlung des Festus aus dem Verrius Flaccus. »

2. cf. supra, p. 115, n. 4.

une des bases du système qui vient à manquer. Il ne semble d'ailleurs pas que la correction soit très heureuse, puisque conciliant Masurius et Flaccus, elle crée une contradiction nouvelle entre Flaccus et Paul Diacre et peut être Aulu-Gelle. Enfin il n'est point sûr qu'au temps de Granius Flaccus¹ la concubine d'un célibataire fût appelée déjà *concubina*, mais plutôt *pellex* : « Si l'on rapproche le texte de Paul (rapportant l'opinion de Masurius l. 144 D. h. t.) du titre de l'ouvrage dont il est extrait (Paulus. lib. X ad leg. Jul. et Papiam) et de la loi 5 § 1 D XXV, 7. *De concubinis* (*concubinatus per legem nomen assumpsit*) on acquiert la conviction que les mots *concubinatus*, *concubina* ont remplacé officiellement, dans la loi Julia, l'expression *pellex* adoptée antérieurement et qui figure dans une loi de Numa »².

Que convient-il donc de penser à propos de ces textes divers? A notre sens, tous méritent d'être considérés : le mot *pellex* a été pris dans des acceptions assez vagues et a désigné de manière générale la femme vivant maritalement avec un homme en dehors des liens du mariage, aussi bien d'ailleurs que le mot *concubine* en français : chaque auteur nous a indiqué ce sens, mais dans l'hypothèse qui le frappait le plus; il nous reste de cet examen le sentiment que nous ne pouvons déterminer exactement la portée du terme en question parce qu'il est demeuré toujours assez imprécis et flottant, et que nous ne sommes pas autorisés à nous fonder sur les passages cités. Le texte d'Aulu-Gelle lui-même qui paraît cependant si net et si clair, ne permet pas de sûres conclusions : il faut en effet considérer le passage en son entier et la relation existant entre la définition donnée de la *pellex* et la loi de Numa; or il convient de se souvenir que le sacrifice même de la *confar-*

1. Karlowa l. c. « Granius Flaccus lebte freilich schon unter Cæsar, aber damals hatte sich, nachdem der concubinat durch die Sitte zu einer *licita consuetudo* geworden war, auch schon jener der Concubinat unt Pellicat unterscheidende Sprachgebrauch gebildet. »

2. Mispoulet N. R. H., 1885, *Du nom et de la condition de l'enfant naturel romain*, p. 24, n. 5.

reatio a été offert à Junon aussi bien qu'à Jupiter¹, -- d'ailleurs ces deux divinités, l'une chthonienne, l'autre ouranienne semblent être devenues ce qu'elles sont à l'époque historique par l'effet d'un syncrétisme anciennement réalisé. — Au reste, quoi qu'il en soit, il est certain que Didon sacrifie à Junon *antes omnes (deos) cui vincla jugalia curæ*² et que, d'autre part, il se trouvait *in vico jugario* un autel dédié à *Juno Jugu quam putabant matrimonia conjungere*³. Ainsi donc il est normal que la *pellex* visée par la loi royale ne soit que la concubine d'un homme dont le mariage a été sanctionné par un sacrifice à Junon, c'est-à-dire en fait, pour Aulu-Gelle, par une *confarreatio*; l'intérêt du passage réside dans sa portée religieuse et non dans sa portée juridique qui est nulle; nous ne pouvons donc y voir une assimilation de la simple *uxor* (non *in manu*) à la *pellex*.

Seulement nous croirions volontiers qu'au fond de tous les textes que nous avons rapportés et analysés, on pourrait retrouver comme un souvenir vague et très confus d'une époque où entre deux races — peut être entre les autochtones et les envahisseurs, ou entre deux peuples conquérants — il existait une différence profonde dans l'organisation juridique tout entière et notamment dans l'organisation familiale. Ce souvenir transmis par une tradition incertaine et très longue aurait saisi les points de cristallisation les plus divers, notamment la distinc-

1. Après la *dextrarum junctio*, le flamine de Jupiter prononçait une prière « où étaient sans doute invoquées outre les divinités nuptiales telles que Junon, des divinités champêtres... » (Ch. Lécrivain dans D. S. v° *Matrimonium*) « *Le flamen dialis* paraît avoir eu dans son ministère des devoirs envers d'autres dieux » que Jupiter. Il est moins le prêtre de Jupiter que le ministre suprême des fonctions religieuses de l'Etat tout entier. Ce rôle est encore plus visible dans la part qu'il prend à la *confarreatio* (C. Jullian dans D. S. v° *Flamen*, v. surtout v° *Flamen*, p. 2.062, n° 20) v. Karlowa *Formen* p. 16 et p. 19, n° 51.

2. Virg. *Aen.* IV, 59. « Quand Virgile, en décrivant les noces et la vie commune de Didon et d'Enée, a voulu reconstituer les cérémonies de ces époques ignorées, il a fidèlement reproduit l'institution et les coutumes du flaminat. » (C. Jullian, *loc. cit.*) Serv. *ad. Aen.*, IV, 103. « In hac conventione Aenae atque Didonis ubique Vergilium in persona Aenae flaminem in Didonis flaminicam præsentare. » Enfin Plutarque écrit : *Quest. Rom.*, 86 : Τὴν φλαμινίαν ἱερὰν τῆς Ἥρας εἶναι δοκοῦσσαν.

3. Festus v° *jugarius*.

tion entre plèbe et patriciat, les mariages *cum* et *sine manu* ; mais en fait l'assimilation de ces civilisations diverses, leur syncrétisme devait être réalisé longtemps avant la période historique puisque au fond nous ne rencontrons jamais une trace positive nette de ces différences dans la réalité des faits ; les textes que nous avons examinés sont impuissants à nous la fournir : il semble plutôt que ce souvenir obscur aura été utilisé, qu'on aura tenté de le préciser, qu'on en aura usé comme explication étiologique chaque fois qu'une occasion favorable se sera offerte, qu'on l'aura employé notamment comme moyen d'apologétique au profit d'un parti politique.

Il nous semble donc que rien jusqu'ici n'ait été trouvé qui permît de conclure avec certitude à l'antériorité historique du mariage sans *manus* en tant que *matrimonium legitimum*, rien qui permît d'affirmer avec sûreté qu'à une période historique quelconque du développement de l'ancien droit le mariage avec *manus* a été le seul mariage valide aux yeux du droit public romain et a constitué obligatoirement la base nécessaire à toute famille légitime.

Si nous poussons encore notre examen, il nous sera loisible de remarquer que les trois formes du mariage avec *manus*, les trois modes de *conrentio in manum*, *confarreatio*, *coemptio*, *usus*, loin d'avoir le caractère de généralité et d'universalité qu'on leur prête, sont au contraire très spéciaux, sont une création de juristes en vue d'une cause déterminée et (au moins pour la *coemptio*) à une époque si tardive qu'on n'y peut voir un mode universel et toujours employé pour contracter mariage.

Il est avant tout un fait notable à retenir : dans l'antique Rome, que le mariage fût agrémenté d'une *confarreatio* ou d'une *coemptio*, qui sont déjà des cérémonies solennelles, ou que la *manus* naquit *usu*, l'union de l'homme et de la femme était toujours célébrée, croyons-nous, par des réjouissances et des fêtes et même par des rites importants qui ne sont pas décrits dans les livres de droit, mais qui forment, à notre avis, le substrat essentiel du mariage et dont le point culminant était

la *deductio in domum mariti*. Il n'entre point dans notre plan de décrire ces cérémonies qui sont connues; nous mettrons simplement en relief leur antiquité : l'hymne religieux qui était chanté publiquement dans la *πομπή* comportait aussi bien en Grèce qu'à Rome un refrain « qui était probablement le reste sacré et inviolable d'une antique formule¹ » refrain aussi peu compris d'ailleurs, selon l'expression de Fustel, des Romains du temps d'Horace que des Grecs d'Aristophane².

Si maintenant nous considérons séparément chaque forme de *conventio in manum*, remarquons, nous aussi, une fois encore après bien d'autres, que la *confarreatio* s'appliquait vraisemblablement aux seuls praticiens³; on en a fortement discuté l'antiquité et quelques auteurs ont pensé qu'elle était de formation postérieure à la *coemptio*⁴, celle-ci représentant la forme ancienne du mariage par achat des peuples aryens. Karlowa prétend⁵ au contraire que la *confarreatio* doit être le plus ancien mode de mariage parce qu'elle comporte un sacrifice non sanglant *welches am ältesten Kultus angehört*, de plus elle est réservée aux Patriciens *welche waren die ursprüngliche Bürgerschaft des römischen Staates*. D'autre part il nous semble à peu près certain que nous ne connaissons pas dans leur exacte configuration les cérémonies primitives qui formaient la *confarreatio*. Nous ne visons point ici les modifications possibles de l'époque impériale; mais, à bien considérer les personnages qui figurent dans les rites comme témoins et comme acteurs, quelques uns d'entre eux nous font l'effet d'y avoir apparu par suite d'une évolution et d'une réforme postérieure : il est certain que le Grand Pontife et le flamme de Jupiter n'ont pu y jouer un rôle qu'après que leurs fonctions eurent été créées, ce qui suppose une organisation et un développement hiérarchique assez avancé, et même, pour le Grand

1. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 46.

2. Le refrain de l'hymne grec était ὦ ἑμῖν, ὦ ὑμῖναι. A Rome, c'était le mot *Talassie*.

3. En sens contraire, Piganiol, *op. cit.*, p. 166.

4. V. Rivier, *Droit de famille romain*, Paris, 1891, p. 170-171.

5. R. R. G., t. II, p. 165.

Pontife, l'acquisition d'une influence et d'une importance qui ne s'est peut-être réalisée qu'au bout d'une assez longue période¹. Les dix témoins marquent l'intrusion dans la cérémonie du contrôle public et nous ne laissons pas d'être impressionné à ce sujet par l'argumentation de M. Cuq² : « Ce n'est plus un acte domestique, c'est un acte public placé sous la protection des dieux de l'État. Est-il croyable que les chefs des *gentes* qui fondèrent la cité aient abdiqué ici leur pouvoir entre les mains du roi, alors qu'en toute autre circonstance ils se montrent si jaloux de leur autonomie? Cela est-il croyable surtout pour un acte d'un caractère aussi intime que le mariage? » Disons au moins que la *confarreatio* se présente à nous avec quelques adjonctions reçues au cours des siècles; ne pourrait-on soutenir qu'au fond les cérémonies de la *confarreatio* ne sont que les cérémonies ordinaires et coutumières du mariage, rites antiques qui se sont longtemps conservés, mais qui, à un moment, ont été accrus de formalités nouvelles et diverses et déformés par elles?³ Lorsque l'idée

1. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. I. p. 215, et Bouché-Leclercq, *Manuel*, 488.

2. *Loc. cit.*, p. 207.

3. Une démonstration intéressante peut en être trouvée dans le rescrit du pape Nicolas I^{er} aux Bulgares (*Responsa ad Consulta Bulgarorum* c. 3); dans cette consultation qui date de 866, le Pape indique comme cérémonies ordinaires du mariage des rites qui — sauf la messe substituée à l'ancien sacrifice — ne sont autres que les rites anciennement pratiqués dans la *confarreatio*, ainsi que le montre Mgr Duchesne, *Origines du culte chrétien*, 5^e éd., Paris, de Boccard, 1920, p. 454-455. Or la *confarreatio* tomba assez tôt en désuétude; si les pratiques qui l'entouraient — notamment l'usage du *flammeum* et le couronnement des époux — ont subsisté de manière si vivace que l'Eglise ait cru devoir les conserver et se les adapter, c'est qu'elles ne faisaient point corps avec la *confarreatio* proprement dite. Celle-ci leur a été juxtaposée pendant un temps afin de produire le passage de la femme *in manum mariti*; elle put être modifiée sous Auguste et disparaître peu à peu sans que les cérémonies qui l'accompagnaient vissent à disparaître également. Ces cérémonies devaient être en usage assez fréquent, non seulement chez les Patriciens et les *Optimates* — qui semblent au contraire s'en être détachés — mais dans le peuple; cela est nécessaire pour expliquer que l'Eglise les ait admises et cela prouve bien qu'elles n'étaient point indissolublement liées à la *confarreatio*. Les formalités d'où résultait la *manus*, consistaient, d'après nous, dans l'assistance obligatoire du grand pontife, du flamine dial et des dix témoins, ainsi que probablement, non dans le sacrifice lui-même, mais dans sa qualité qui avait été influencée par la présence des prêtres : en tant qu'un gâteau d'épeautre était offert à Jupiter et à sa parèdre. Il est à remarquer que le passage de Tacite,

d'État s'est développée, lorsque surtout on en est venu à admettre, puis à réclamer l'intervention des pouvoirs publics en des matières où une population plus neuve ne l'aurait jamais tolérée, quand par le fait de relations sans cesse plus fréquentes entre les groupements sociaux, l'intervention d'un pouvoir régulateur fut en quelque sorte nécessitée, quand cette intervention fut devenue plus active et plus pénétrante, est-il étonnant que l'on ait songé à régler une matière aussi délicate que celle des rapports entre familles? Mais cette réglementation ne s'est réalisée qu'insensiblement et si au début on se préoccupa simplement de contrôler les cérémonies nuptiales, c'est peut-être sous la pression de considérations étrangères au mariage lui-même, mais afin de définir la situation religieuse des conjoints et aussi leur situation pécuniaire : l'intervention du pontife, du *flamen dialis* et des dix témoins ne s'est produite que pour sanctionner une modification au statut religieux de la femme et à son statut civil, c'est-à-dire son passage *in manum*¹. Historiquement parlant, si la *manus* a la *confarreatio* pour cause efficiente, la *confarreatio* a eu la *manus* pour cause finale. Cette sanction, donnée par les cérémonies propres de la *confarreatio* à la naissance de la *manus* explique que ces cérémonies, ces formalités administratives, sinous osons dire, soient restées propres à ceux qui y avaient seuls intérêt, donc à ceux-là seuls qui ont fait partie d'une *gens*, car c'est la *gens* que l'on retrouve au fond de tout ici, ce sont les *gentiles* des époux et les mariés eux-mêmes dont les droits tant sacrés que privés sont protégés et sanctionnés par l'intervention des prêtres et des témoins.

La *coemptio* a suppléé la *confarreatio* dans la société plébéienne ; mais elle n'est point, nous semble-t-il, une forme de *conventio in manum* très antique ; on a voulu y voir le mariage

Ann. IV, 16, parlant de cette *horrida antiquitas*, a trait non tant aux cérémonies elles-mêmes qu'à la formation gênante de la *manus* et plus généralement (et plus exactement) au statut propre du flaminat.

1. D'après Ihering, *Histoire du développement du droit romain*, p. 58, le *pontifex maximus* et les 10 témoins sont là, l'un pour surveiller le règlement relatif aux *sacra*, les autres pour constater l'existence du *conubium*.

par achat que pratiquaient les peuples aryens, mais cette théorie ne nous semble pas justifiée : il est nécessaire de retenir que la femme est à la fois objet et sujet de la *mancipatio* et qu'elle y joue un rôle actif, *coemptionem facit cum viro*; nous ne voulons pas nous attarder à démontrer ce point jadis contesté, mais qui a été magistralement établi par Karlowa tant dans ses *Formen der Röm. Ehe und Manus*¹ que dans sa *Römische Rechtsgeschichte*². La *coemptio* est une *mancipatio imaginaria* : or les Tables qui règlent expressément la *mancipatio* ne parlent point de l'emploi anormal qui en est fait dans la *coemptio*, alors qu'elles reconnaissent et consacrent le *nexum*; il n'y a peut-être là rien de bien étonnant, cependant il convient de retenir que la *coemptio* va porter des effets juridiques profondément différents de ceux de la *mancipatio* ordinaire : la femme ne sera nullement *in mancipio*, elle sera *loco filix*, elle se verra attribuer une vocation successorale propre, chose extraordinaire et qui passe de beaucoup le cercle de la simple mancipation; comment les Tables pourraient-elles donc n'en pas parler, alors que d'ailleurs elles connaissent l'*usus* et le réglementent? Enfin les Tables ayant un caractère indiscutable de transaction entre le Patriciat et la Plèbe, comment admettre que, si la *coemptio* avait existé, elles n'eussent point expressément consacré un mode de *conventio in manum* qui se rapprochait de la *confarreatio* beaucoup plus que l'*usus*? et si par ailleurs les Tables parlaient de la *coemptio*, comment se fait-il que nous n'en sachions rien et que pas un des textes si fréquents sur la *coemptio* ne cite le passage ou n'indique rapidement l'esprit des Tables sur ce point? Aussi a-t-on pu soutenir³ que la *coemptio* dérive simplement d'une interprétation jurisprudentielle du passage des XII Tables visant la vente du fils⁴; elle serait donc assez postérieure à l'œuvre décenvirale : pour nous, sans rattacher directement la *coemptio* à la *manci-*

1. P. 53 et suiv.

2. T. II, p. 59 et s.

3. Cf. Cuq, *l. cit.* t. I, p. 207. — Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 158, n° 6. — Karlowa, *Formen*, p. 45.

4. « Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto. »

patio filii (les effet nous en paraissent trop différents) nous verrions dans la *coemptio* une fiction, une *mancipatio imaginaria* développée après les XII Tables. Peut-elle d'ailleurs avoir existé avant? Si elle est un mode de *conventio in manum* plébéien, il ne semble pas qu'elle puisse, en tant que fiction reconnue par le droit romain, avoir existé avant l'admission de la plèbe dans l'organisation politique de Rome c'est-à-dire avant la constitution servienne. D'après Karlowa « sie ist erst in einer Zeit aufgekomen, als die Manzipatio aus einem wahren Kauf schon eine *imaginaria venditio* geworden war und in verschiedenen Umbildungen ihrer einfachen Gestalt zu neuen Zwecken verwendet ist. Zunächst ihrer äussern Erscheinung nach hat sie den Stil nicht der ältesten Zeiten des Römischen Staates, sondern den der servianischen Epoche¹ ».

L'*usus* est, lui aussi, matière à discussion : les uns y voient le mode primitif de *conventio in manum*, les autres le mode le plus récent : « La *manus* n'est pas la conséquence nécessaire du mariage... dans la pratique cependant il fallait bien admettre que le père qui, après avoir permis à sa fille d'aller demeurer avec son mari, renonçait à faire acte de maître sur son enfant, était au bout d'un certain temps déchu de ses droits. Mais il y avait une situation indécise qui fut réglementée par les XII Tables. Les décemvirs décidèrent qu'au bout d'un an la femme serait définitivement soumise au droit du maître de maison de son mari : la *manus* était acquise par l'usage.

L'*usus* nous apparaît ainsi comme le mode primitif et normal d'acquérir la *manus* ». Telle est la thèse de M. Cuq². Au contraire Karlowa pense que l'*usus* est le mode le plus tardivement développé de *conventio in manum* et qu'au fond il est à la *coemptio* ce que l'usucapion est à la *mancipatio* : le moyen de régulariser un acte juridique que l'inaccomplissement d'une formalité quelconque aurait rendu caduc³. L'*usus* ne serait donc pas antérieur à la *coemptio*; cependant nous

1. R. R. G. p. 166.

2. *op. cit.* p. 174.

3. R. R. G., t. II, p. 167 et suiv.

avons vu plus haut que celle-ci, telle que nous la connaissons, comme une *imaginaria venditio*, n'a guère pu se développer avant le IV^e siècle de Rome; or, d'autre part, la loi des XII Tables réglemeute l'*usurpatio trinoctii*¹; elle connaît donc l'*usus*, tandis qu'elle ne parle point, autant que nous le sachions, de la *coemptio*; elle détermine ailleurs les délais de l'*usucapio*². Est-ce à dire que l'*usus* n'est que l'*usucapio* de la femme par le mari, se réalisant par le délai de l'*usucapio* ordinaire? Nous ne le pensons que dans la mesure suivante : pas plus dans l'*usus* que dans la *coemptio*, la femme ne joue un rôle purement passif et n'a été considérée par le droit comme une simple chose : la *coemptio* n'a point été appelée *mancipio*, l'*usus usucapio*, et cette différence entre les termes implique chez ceux qui les employaient une distinction entre les concepts; comme dans la *coemptio* à laquelle la femme concourt activement par son consentement propre³, la femme consent à la réalisation de l'*usus* et l'*usurpatio trinoctii* est le fait de sa volonté libre⁴; il est donc certain que les Romains n'ont pas considéré celle qui allait devenir une *materfamilias* comme une chose sur laquelle ils auraient, une fois l'acquisition faite, un droit de propriété; ils ont laissé à la femme une place d'honneur et une considération qu'ils ont jugée nécessaires et qu'ils ont longtemps pensé lui devoir⁵. Nous ne serions pas éloigné d'adopter la thèse de M. Cuq et de voir dans l'*usus* le mode primitivement employé de *conventio in manum* : pour nous, à un moment de l'évolution romaine, peut-être dès les origines, on reconnut nécessaire, afin de régler la situation économique de la femme et ne pas porter atteinte à l'intégrité du patrimoine gentilice, le passage de l'*uxor in manum mariti*,

1. Gaius, I, 111.

2. Cic., *Top.*, IV, 23.

3. Le père ou le tuteur ne jouait que le rôle d'*auctor*.

4. Sur le rôle du père ou du tuteur dans l'*usus*, v. Karlowa, *Formen*.

5. V. Karlowa, *Formen* : « Die Frau... wird... ein freies actives Gied seiner familia » (p. 49). V. p. 40-51. v. R. R. G., p. 161. V. Ihering, *Esprit du Droit Romain* trad. Meulenaere, t. II, p. 190-214. — « La matrone romaine, loin d'être la servante du mari, s'imposait au contraire comme son égale », dit Kovalevsky (*Tableau*, p. 95) commentant l'œuvre de P. Gide.

mais l'évolution progressa peu à peu et se marqua d'abord dans la reconnaissance de l'*usus* qui fut réglementé de façon plus précise par les XII Tables; la *coemptio* ne fut qu'un moyen factice employé postérieurement par la plèbe pour créer la *manus* au commencement même de la vie commune et éviter la possibilité de l'*usurpatio*. La *confarreatio*, elle, existait déjà pour les Patriciens : elle s'était développée parallèlement à l'*usus* ou peu après lui sous l'influence des mêmes idées; on la créa pour éviter que la *manus* ne naquit d'un simple *usus* qui n'aurait point eu la même consécration religieuse et surtout pour favoriser le contrôle du pouvoir public dans la société patricienne, comme nous l'avons déjà indiqué¹. Telle serait, à notre sens, l'histoire des modes de *conventio in manum*: nous reconnaissons volontiers que ce ne sont là que des hypothèses, mais nous ne croyons guère possible, en l'absence de tout document, d'arriver à des conclusions mieux établies. Ainsi donc la *confarreatio* et la *coemptio* ont chacune un cercle d'application assez restreint soit dans le temps, soit dans l'espace; l'*usus*, qui d'eux trois semblerait le plus universel, n'est lui aussi qu'une application factice à la *conventio in manum* d'un moyen juridique préexistant. Mais ce qui nous paraît surtout digne de remarque, c'est l'expression même de Gaius I, 110-111. Après avoir énuméré les trois formes, non de mariage, mais de *conventio in manum*², il marque expressément que l'*usus* n'était pas un mode de mariage, mais que les *nuptiæ* existaient en dehors de lui : « Usu in manum conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat³. » : L'*usus* ne pouvait évidemment avoir d'effet que lorsqu'il était réalisé, c'est-à-dire à l'expiration de l'année de cohabitation; avant que cette année fût révolue, s'il n'avait point existé d'autre mariage légitime que le mariage *cum manu*, l'union de l'homme et de la femme n'aurait pas été un *matri-*

1. Notamment pour autoriser la *gentis enuptio*, v. Cuq. l. c. p. 215. Mommsen *Droit public*, VII, p. 21.

2. I, 110 : « Olim itaque tribus modis in manum conveniebant (feminæ) : usu, farreo, coemptione. »

3. I, 111.

monium legitimum, elle n'aurait pas constitué des *justæ nuptiæ*; or Gaius dit *nupta perseverabat*; c'est donc qu'en dehors même de la *manus*, avant la réalisation de l'*usus*, le mariage existait valablement : la *manus* changeait les rapports des époux quant à leurs biens et quant à la *potestas*, mais elle ne modifiait rien à ceux de leurs devoirs respectifs qui découlaient directement du mariage, c'est-à-dire par exemple à leur devoir de fidélité, elle réglait le régime des biens et des *sacra*, elle constituait une sorte de *contrat de mariage*, mais elle n'influçait point la situation personnelle des époux, elle ne profitait ni ne préjudiciait à ce qui était la conséquence normale de l'union, le résultat recherché par une intention nettement exprimée¹ : aux enfants que le mariage a pour but essentiel de procréer : « *nempe patrem sequuntur liberi*². »

Ainsi donc, d'après nous, il y a lieu de penser que la *manus* et le mariage sont indépendants l'un de l'autre, que, si une époque s'est présentée où les mariages avec *manus* étaient de beaucoup les plus fréquents à cause de la concentration plus forte de la puissance paternelle, de l'exclusivité de la notion de gentilité, cependant on ne conçut jamais la *manus* comme l'un des éléments fondamentaux des *justæ nuptiæ*, comme la base essentielle de la famille légitime : la *manus* ne modifiait et ne régissait les rapports des époux, nous le répétons, que du point de vue des biens et de la *potestas*. Une preuve intéressante peut en être trouvée dans les comparaisons employées par les jurisconsultes pour définir la situation de la femme *in manu* : elle est, disent-ils, vis-à-vis de son mari *loco filix*, vis-à-vis de ses enfants, *loco sororis*. Il semble difficile et même impossible que pratiquement la situation de la femme en tant qu'épouse et en tant qu'elle a pour mission de perpétuer la famille, ait été vis-à-vis de son mari quelque chose d'adventice qui n'ait pas eu un caractère propre et n'ait pas pu être nettement définie en elle-même : n'est-il pas singulier en effet de

1. *Uxorem liberorum quaerendorum causa ducere.*

2. Liv. IV, 4. Nous examinerons dans notre § 2 le problème que soulève l'interdiction des mariages patricio-plébéiens avant la loi Canuleia.

voir cette épouse, cette mère qui va être la souche même de la famille, qui est entrée dans l'intimité de son mari et qui en est aimée dès avant qu'elle ait procréé, qui a même vis-à-vis de ses enfants une situation moralement privilégiée et prépondérante, à qui sont dus respect et affection, qui jouit dans la société romaine de cette influence si grande dont Caton se plaignait, n'est-il pas singulier, disons-nous, de la voir n'occuper aucune situation juridique déterminée, mais partager celle de ses enfants qui, eux, ont un statut défini, lequel sert de norme et de règle? Ne pourrait-on suggérer alors l'explication suivante : la femme a toujours eu dans l'antique famille romaine une situation nette qui lui appartenait et que l'on connaissait parfaitement, mais qui n'est jamais passée dans le droit et n'a jamais été décrite dans les monuments législatifs ni dans les traités jurisprudentiels, car le mariage, à Rome comme dans toutes les sociétés antiques, a d'abord été un acte strictement privé que le droit n'a connu que tardivement; mais, au temps du plein développement du mariage *cum manu*, lorsqu'on a voulu définir la situation de la femme *in manu* (et cela d'autant plus que la *manus* affectait les biens et les *sacra* de l'épouse), on a remarqué que la femme était, au même titre que ses enfants soumise à la *patria potestas* (à la *manus*), qu'elle héritait avec ses enfants, comme toute personne soumise à cette puissance, etc.; on a alors emprunté au statut des enfants de famille qui était déjà nettement établi une comparaison commode qui a facilité la systématisation : on a dit qu'elle était *loco filix* — nous trouverions donc ici encore une confirmation de cette idée d'après laquelle la *manus* serait venue pendant une période de l'évolution juridique romaine se superposer simplement au mariage¹.

1. Nous aurions désiré — et le plan de notre ouvrage ne s'y fût certes pas opposé — parler ici du mariage grec primitif et examiner si, dans la littérature homérique, le mariage par rapt ou par achat ne nous est pas montré dans un plein développement; malheureusement le temps nous a manqué pour aborder et explorer à fond un si vaste sujet et, puisque d'autre part ces études ont été déjà entreprises, nous nous bornerons à renvoyer au travail de M. Ouvré : *Le régime matrimonial au temps d'Homère* dans les *Annales de la Faculté des Lettres de Bordeaux*, 1886, p. 294.

Les questions préalables que nous avons posées plus haut¹ se trouvant ainsi écartées, nous pouvons examiner maintenant quelle sera vis-à-vis de son père la situation de l'enfant issu d'un juste mariage.

Le fait physiologique de la naissance ne suffit pas à créer entre le père et l'enfant un véritable lien de famille; en réalité l'enfant est à la discrétion du père qui peut l'accepter dans la maison, *filium suscipere*, ou le rejeter, l'exposer ou même simplement le supprimer. Ce droit, reconnu au père dès la plus haute antiquité romaine, existe encore au temps du Principat; il est très large et son exercice paraît ne relever que de l'arbitraire paternel. L'État a-t-il essayé d'en réglementer l'exercice, comme un passage de Denys pourrait le faire entendre²? Cette tentative serait demeurée vaine : jusqu'à une date très basse, le père garda la latitude de décider souverainement du sort de sa progéniture. Les textes abondent sur ce point : ils prouvent que les parents faisaient exposer ou supprimer leurs enfants pour toutes sortes de motifs : soit à cause de la difformité du nouveau-né³, soit parce que sa naissance était accompagnée de mauvais présages, ou qu'elle était elle-même de mauvais augure⁴; tel était peut-être, d'après Marquardt⁵, le sort commun des enfants nés un *dies ater*; il y avait là un moyen de se débarrasser des enfants de naissance suspecte et de légitimité douteuse⁶; enfin le père pouvait

1. P. 100.

2. V. ci-dessus p. 12, n. 1. En Grèce, il n'y a guère que Thèbes où l'exposition ait été interdite par une loi de date basse portant les marques du siècle des Antonins ou des Flaviens. Cf. Glotz dans D. S. v° *Expositio*.

D'après M. Girard (*Manuel*, p. 137, n. 4), « la loi royale citée par Denys... n'est qu'une disposition religieuse sans sanction positive ». Sur l'exposition des enfants « usage commun aux Romains, aux Grecs, aux Germains et aux Hindous, » v. Schrader *Sprachvergleichung und Urgeschichte* 2^e, édit. 1890, p. 565 et s.

3. Denys II, 15. Liv. XXVII, 57 — peut-être même y avait-il là une obligation religieuse ; cf. le texte de Liv. et Cic. de *Leg.* III, 8, 19. V. Sen. de *Ira* I, 15 : « ratio est a sanis inutilia secernere. »

4. Dion Cassius *Hist. Rom.* LXV, 1, sur la naissance d'Octave. Suétone *Cat.* V : « quo defunctus est (Germanicus) die, lapidata sunt templa... partus conjugum expositi. »

5. *Vie privée*, I, p. 3, n. 3.

6. Suét. *Oct. Aug.* LXV, *Tib. Cl. Caesar* XXVII.

ordonner l'exposition ou le meurtre de l'enfant simplement parce qu'il ne voulait pas l'élever et faire les sacrifices pécuniaires ou autres nécessaires à son entretien et à son éducation¹. En Grèce, le droit était le même et les expositions fréquentes, car il y avait de grosses difficultés à élever un enfant surtout une fille qui coûte plus cher qu'un garçon²; on s'excusait de ces pratiques en invoquant des motifs économiques : la terre grecque était considérée par ses habitants comme trop pauvre pour nourrir trop d'enfants et l'on commençait à soupçonner l'existence d'un principe de Population³. De même qu'il peut faire exposer l'enfant, le mari peut faire avorter la femme; l'avortement n'est en effet puni que dans l'intérêt du père, s'il est opéré sans son consentement ou *a fortiori* malgré lui⁴.

Que cette pratique de l'*expositio* ait été invétérée, c'est ce que nous prouvent deux passages de Lactance où l'exposition et le meurtre des nouveau-nés sont vivement condamnés⁵. En fait l'exposition ne disparut que peu à peu sous l'influence du Christianisme.

L'enfant exposé était parfois recueilli et élevé par une âme charitable ou plus fréquemment par un individu qui pensait trouver là un bénéfice assez lucratif : l'enfant était *in servili conditione*, et son *nutritor* pouvait ainsi se procurer des serviteurs, mais il était en général moins cher — au moins en Grèce — d'acheter un esclave déjà grand et fort que de l'élever⁶;

1. Suét. *de Gramm.* VII et XXI v. supra p. 12, n. 5. Apulée *Métam.* IX Quintilien *Déclam.* 506.

2. Sur la pratique de l'exposition en Grèce nous renvoyons à l'article si documenté publié par M. Glotz dans D. S. v° *expositio*.

3. Platon *de Rep.*, V.-Aristote *Pol.* II, 3, 6; IV, 14.

4. V. ci-dessus p. 12, n. 2 (v. cependant Paul, V, 23-24) en fait l'avortement n'est puni que sous Septime et Caracalla (1. 4 D, 47, 11) et seulement dans l'intérêt du mari. V. Tacite *Ann.* XIV, 65.

5. *Divinarum institutionum De Justitia* lib. V, IX, 15. *De vero culto* lib. VI, XX, 18 : « Ergo ne illud quidem concedi aliquis existimet ut recentes natos liceat oblidere, quæ vel maxima est impietas... qui etiam si contingat ei, quod voluit, ut alatur addixit certe sanguinem suum vel ad servitutem vel ad lupanar; quæ autem possint vel soleant accidere in utroque sexu vel per errorem, quis non intelligit?... Tam igitur nefarium est exponere quam necare. »

6. V. Glotz dans D. S. l. c.

c'est la prostitution qui était le débouché le plus sûr et le plus avantageux et c'est à la prostitution qu'était voué le plus grand nombre des filles abandonnées¹. Cette chute en esclavage n'était d'ailleurs point définitive : au moins aux temps classiques, les parents pouvaient *vindicare* l'enfant *in libertatem* et le *nutritor* ne recevait aucun dédommagement pour la nourriture et les soins donnés à son pupille : « nec assertionem denegandam iis qui ex ejusmodi causa libertatem vindicabuntur, puto, neque ipsam libertatem redimendam pretio alimentorum », écrit Trajan à Pline². La Tétrarchie changera les choses et exigera que le *nutritor* soit indemnisé³; quoi qu'il en soit au reste de l'indemnité à verser, l'abandon de l'enfant emporte pour celui-ci l'exclusion de la Cité : on pourra s'en emparer comme d'un *hostis* et le réduire en esclavage⁴, mais cet abandon ne constitue pas un renoncement complet du père à ses droits sur l'enfant : en Grèce le *pater* pourra introduire une ἀφαιρέσις εἰς ἐλευθερίαν⁵, à Rome il pourra jouer le rôle d'*adsertor* et *vindicare filium in libertatem*. Constantin, après avoir consacré diverses réglementations, finit par décider que le *nutritor* d'un enfant exposé pourrait l'adopter ou le garder comme esclave et que le père n'aurait plus aucun droit sur lui⁶. Justilien décide que les enfants exposés jouiront de la condition d'ingénus. Déjà cependant, dès le III^e siècle, d'après Paul, l'exposition de l'enfant avait été assimilée au meurtre; cette disposition ne dut d'ailleurs pas s'appliquer⁷, mais en 374 au

1. V. Lactance ci-dessus n. 5 (p. précéd.) et Glotz *l. c.*

2. Pline *Ep.* X, 72. V. Suét. *de Gramm.* XXI.

3. Cf. Loi Rom. des Wisigoths. C. Th. V, 8, 1 : « ejusdem modi alium praestet aut pretium exsolvat » Interp. : « ejusdem meriti mancipium nutritori dabit aut pretium nutritor consequatur. » V. *Lex Wisigothorum* IV, 1 de *expositis infantibus*.

4. Declareuil *l. c.*, p. 327.

5. V. Bauchet II, p. 89.

6. C. Th. V, VIII, 1, C. Just. VIII, LII, 2-3. v. Paul V, I, 1. v. C. Th. V, VII.

7. Paul 1. 4 D. 25, 3 : « Necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abjicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet. » On a prétendu que ce fragment des *Sentences* qui ne nous est parvenu que par le Digeste, a été interpolé; de fait, il semble que la fin en a été remaniée ou plutôt peut-être qu'une glose a été incorporée au texte, bien que Cicéron ait pu employer la tournure *misericordiam habere*; au reste, on ne peut rien relever contre l'authenticité du texte pris *in globo* et contre l'essen-

plus tard la peine de mort fut portée contre celui qui exposerait un enfant¹.

Le père, dans l'ancien droit, pouvait donc statuer sur le sort réservé à l'enfant : celui-ci à sa naissance était déposé aux pieds du chef de famille qui le laissait à terre s'il entendait ne point l'admettre dans le groupe qu'il dirigeait, ou le relevait et le plaçait sur ses genoux, *filium tollebat*, s'il voulait au contraire le reconnaître comme membre de la famille. Sur cet acte les textes suivants de Térence sont assez nets :

« quicquid peperisset decreverunt tollere
Inceptio est amentium haud amantium² »
« Nam quod peperisset, jussit tolli³ ».

ainsi que ce passage de Plaute : « ... Verum, quod erit gnatum tollito⁴ ».

Le père de famille jouit d'un pouvoir souverain de décision : le *filium tollere* est la contre-partie de l'*expositio*. Cette cérémonie, si nous osons dire, existe encore à une date basse et nous la trouvons mentionnée dans Cicéron⁵, dans Virgile⁶, dans Juvénal⁷, dans S. Augustin⁸. Elle marquait la reconnaissance officielle de l'enfant par le *paterfamilias*; elle ne suffisait

tiel de ses indications : la prohibition que mentionne Paul a dû être portée et se trouve en singulière harmonie avec le mouvement juridique du ^{II} siècle, ainsi qu'on pourra s'en rendre compte par la suite, et avec Paul lui-même qui, au livre V des *Sentences* (v. supra p. 150, n. 4), signale la punition infligée aux avorteurs et avorteuses (la réglementation est ici plus timide et n'ose s'en prendre à l'avortée elle-même ni à son mari; le caractère du crime explique parfaitement cette différence). En fait on n'a pas dû appliquer la disposition que nous signalons, et les empereurs chrétiens ont à nouveau édicté la même sanction contre le même crime, phénomène que l'histoire du droit romain présente assez fréquemment et qui s'explique par la forme de décrets ou de rescrits que prenait la volonté impériale.

1. C. Th. III, III, 1. v. C. Just. VIII, LII, 5 et 4 et IX, XVI, 8.

2. *Andria* I. sc. IV, v. 14 (v. 515 et seqq.).

3. *Ibid* III sc. I, v. 6. Cf. Tacite *Ann.* XI, 27.

4. *Amph.* act. I, sc. 3, v. 344.

5. *Ad. Att.* X, 9 : « Haec ad te die natali meo scripsi, quo utinam susceptus non essem.... »

6. *Aen.* IX, 201-205 : « Non ita me genitor... Sublatum erudiit ».

7. IX, 84.

8. *Civit. Dei*, IV, 41.

d'ailleurs pas et on la complétait par une autre cérémonie, la *lustratio* ou les *ἐγχεδῆμας*. Dans l'Amphidromie grecque, l'enfant est porté par deux hommes — plus tard par deux femmes — qui courent autour du foyer : il y a peut-être là une purification et une initiation au culte domestique¹ ou bien simplement un rite destiné à écarter les mauvais esprits et à rendre l'enfant agile comme son père²; en tous cas le jour de l'amphidromie paraît avoir fini par se confondre avec celui où un nom était donné à l'enfant en présence de la famille; c'est ce qui explique les divergences existant entre les auteurs : les uns placent la fête au 5^e jour de la naissance, les autres au 7^e, d'autres enfin au 10^e³. A Rome, l'enfant reçoit son nom au *dies lustricus* ainsi appelé « quia his lustrantur atque eis nomina imponantur⁴ ». « Est etiam, dit Macrobe⁵, Nundina Romanorum dea, a nono die nascentium nuncupata, qui lustricus dicitur. Est autem dies lustricus quo infantes lustrantur et nomen accipiunt. Sed is maribus nonus, octavus est feminis ».

Cette reconnaissance officielle de l'enfant par le *pater*, cette admission solennelle dans la famille est si nécessaire, dans l'ancien droit, que si, par hasard, elle ne peut avoir lieu, si, comme le fait s'est produit, l'enfant naît *sui juris* sans qu'il y ait personne qui puisse *suscipere filium*, l'enfant n'entrera pas dans l'agrégat familial, il ne pourra être *heres suus*⁶. Plus tard cependant les jurisconsultes classiques sont moins rigoureux et admettent que le fils posthume pourra toujours être considéré comme *suus* : ils atteignent ce résultat en « interprétant » les XII Tables⁷.

Bien évidemment cette reconnaissance ne pouvait avoir lieu qu'au profit de l'enfant né d'une femme faisant partie de

1. Cf. Fustel, *Cité antique*, p. 54.

2. Cf. S. Reinach, *L'Amphidromie*, dans l'*Anthropologie*, 1889, p. 665-670.

3. V. Saglio dans D. S. v° *Amphidromia*.

4. Festus. s. v.

5. *Sat.* I, 16, 36. Cf. Manou, II, 30.

6. Denys, III, 50.

7. Paul, D. 5, 4, 3 pr. — Ulp. D. 58, 16, 3, 9. — Gaius, III, 4. — Ulp. XXII, 15. — V. Declareuil, *loc. cit.*, p. 328-335.

la famille et qui tombe sous la puissance du *pater*, celui-là même qui va *eum tollere*.

Alors que le droit Romain se contente des formalités que nous venons d'indiquer, pour l'admission de l'enfant au rang des *sui*, le droit attique exige en outre que les enfants issus de l'*engyësis* soient présentés à la phratricie, le père doit jurer qu'ils sont nés d'une *civis Attica* unie à lui par un légitime mariage: Ἔστι δ' αὐτοῖς νόμος ὁ αὐτός, ἐάν τέ τινα φύσει γεγονότα εἰσάγῃ τις, ἐάν τε ποιητόν, ἐπιτιθέναί πῖστιν κατὰ τῶν ἱερῶν ἡμῇν ἐξ ἀστῆς εἰσάγειν καὶ γεγονότα ὀρθῶς καὶ τὸν ὑπάρχοντα φύσει καὶ τὸν ποιητόν· ποιήσαντος δὲ τοῦ εἰσάγοντος ταῦτα μὴδὲν ἥττον διαψηφίζεσθαι, καὶ τοὺς ἄλλους, κἂν δόξῃ, τότε εἰς τὸ κοινὸν γραμματεῖον ἐγγράφειν, πρότερον δὲ μὴ¹. L'organisation publique à Athènes était plus développée que dans la Rome primitive.

D'après Pison, Servius Tullius ordonna de payer une pièce d'or à un temple désigné pour chaque naissance, chaque prise de toge, chaque décès²; nous ne devons voir là qu'une légende destinée à expliquer des offrandes pécuniaires; en fait il ne paraît pas que les changements dans l'état civil d'un individu, en particulier les naissances, aient donné lieu à un acte d'administration quelconque, à un enregistrement opéré par les soins de l'autorité publique avant Marc-Aurèle — sauf bien évidemment la déclaration du *pater* devant le censeur³ et l'inscription du nom des garçons sur les listes civiques au moment de la prise de toge —. Avant l'organisation déterminée par Marc-Aurèle⁴, il y avait cependant intérêt à constater d'une façon précise quel était le statut personnel d'un individu et quel était son âge⁵, de là l'usage, développé sous l'empire, de rédiger au *dies lustricus* un acte devant témoins⁶.

1. Isée de *Apoll. her.* 16, cf. de *Cir. her.* 19. v. Declareuil *loc. cit.*, p. 318, n° 3.

2. Denys, IV, 15.

3. D., 22,3 de *probat.* 10 cf. *Luc I.*

4. Capit. *M. Ant. ph.* 9. Il y eut dès Antonin le Pieux une organisation spéciale à l'Égypte; nous en reparlerons dans la suite.

5. Pour l'*ætatis probatio*.

6. V. Probus C. V. IV de *Nuptiis* 9 et Apulée *Apol.* 89. Nous parlerons de cette déclaration quand nous aborderons la 2^e partie de notre étude.

La filiation légitime pouvait-elle dans cette première période du droit romain donner lieu à des actions en justice et être judiciairement établie? Il est certain que dès le début du droit une action de la loi était ouverte à de semblables procès, c'était le mode le plus général *per sacramentum* : une contestation pouvait s'élever entre deux *patres* qui réclamaient tous deux la *patria potestas* sur une même personne : on engageait une *vindicatio filii* et on déterminait ainsi à quel *pater* se rattachait l'objet du litige¹. On tranchait donc par là une question de filiation, mais ce n'était le plus souvent en réalité que la question de puissance qui était en jeu ; c'est dire qu'au fond la possession d'état devait être le plus fréquemment l'objet propre de la discussion ; il pouvait cependant arriver que la question de paternité elle-même fût abordée et qu'elle fût résolue comme préjudicielle à la question de puissance ; c'est à cette occasion que l'on commença probablement à formuler et développer les quelques règles juridiques, assez imprécises au reste, que nous retrouverons par la suite² ; la question de légitimité devait encore être implicitement tranchée lorsqu'elle préjudiciait à la solution d'un autre problème juridique, principalement et presque uniquement dans les pétitions d'hérédité. Il faut noter, d'après nous, que jamais une contestation ne pouvait s'élever entre fils et père ; celui-ci avait seul le droit de reconnaître son enfant ; nul ne pouvait le lui imposer, *nemini invito heres suus agnascatur* ; après la mort du père seulement le fils pouvait être partie à un procès où la légitimité fût débattue : et encore faut-il remarquer que le fait en litige devait être au début du droit non tant la filiation en elle-même que l'ac-

1. V. D., 6, 1, 1 § 2. — La notion de puissance paternelle était d'ailleurs, à Rome, telle que, dans l'adoption d'un fils de famille, au lieu d'une simple *in jure cessio* effectuée sur une *vindicatio filii* directe entre l'adoptant et le père naturel de l'adopté, on commence par éteindre la *patria potestas* au moyen de la triple mancipation et que la *vindicatio filii* est intentée par l'adoptant réclmant mensongèrement la puissance contre un individu qui n'a plus l'adopté qu'*in mancipio*.

2. Les textes sont d'ailleurs muets sur ce point, ce qui confirme les hypothèses que nous venons d'émettre.

ception par le *pater* de l'enfant dans la famille, le *filium tollere* — le cas du fils posthume devait être assez fréquent et ici encore la décision qui intervenait n'était point prise par un juge mais par le chef du groupement familial : ou il n'y avait personne qui pût *suscipere filium* et l'enfant restait à tout jamais *sui juris* et exclu de la famille, ou bien au contraire il restait un ascendant qui pouvait *filium tollere* et c'était à lui d'apprécier la légitimité de l'*opiter*¹. Plus tard seulement, en particulier lorsque le posthume fut toujours admis parmi les *sui*, le litige put être porté devant le préteur et le juge et prit la forme du *præjudicium an filius sit*.

Il nous semble en tous cas bien établi que, du vivant du père, le fils ne pouvait introduire ce que nous appellerions aujourd'hui une action en réclamation d'état : il en eût été empêché par cette règle du droit romain qui interdit aux personnes en puissance d'agir elles-mêmes contre le détenteur de la puissance, mais qui leur impose l'intermédiaire obligatoire d'un *vindex* ou d'un *assertor*, or rien dans les textes ne signale l'existence d'un *assertor* destiné à suivre semblables procès. Si un tel personnage avait été juridiquement possible, les textes n'eussent pas manqué de le mentionner²; mais au surplus quel eût été pour le fils l'intérêt d'une pareille revendication ? Obliger à le reconnaître un père qui pourra, aussitôt la sentence rendue, l'émanciper et l'exhérer — L'organisation entière de la famille romaine, le droit romain entier, tel que nous le connaissons dans son état le plus ancien, montrent clairement qu'une action en reconnaissance dirigée par le fils contre le père est aux premiers siècles de Rome un non-sens et une impossibilité juridique.

D'ailleurs, ainsi que nous le dirons plus loin, la question abstraite d'état ne semble pas avoir été dégagée des questions concrètes d'intérêts matériels, vg. de la pétition d'hérédité avant une datte basse ; il ne semble donc pas qu'en ces conditions le fils de famille pût intenter contre son père une action

1. Cf., supra p. 155.

2. Cf. O. Karlowa, cité supra p. 15, n. 3.

en reconnaissance, ni même d'ailleurs une action concrète visant un intérêt lui appartenant, une revendication *vg* ; étant donné la notion de puissance, un semblable procès ne semble pas possible¹ peut-être à cause de l'identité juridique entre l'*actor* et le *reus*.

Le prêteur, lorsqu'on agissait devant lui *per sacramentum*, renvoyait le procès aux Centumvirs, semble-t-il. En effet, les causes de gentilité, agnation, liberté et succession, sont d'après Cicéron², de la compétence de ce Tribunal ; — or en lui attribuant la connaissance des procès d'hérédité, la loi devait lui permettre de juger au moins incidemment sur le *status familiaris* des parties. Les Centumvirs jugent encore après la loi *Ebutia* et l'on est obligé, dans les procès de leur ressort, d'*agere lege per sacramentum, ante, apud prætorem*³. Les Centumvirs disparurent probablement sous Dioclétien⁴ ; cependant S. Jérôme les signale encore au iv^e siècle⁵.

La question de filiation pouvait être aussi examinée par voie de *cognitio extraordinaria* lorsque le père demandait au prêteur la délivrance d'un *interdictum de liberis exhibendis... du-cendis*, et quand l'interdit était rendu *cognita causa* ; sinon on devait procéder *per sponsionem* ou *per formulam arbitriariam*, la question de filiation était alors tranchée selon l'*ordo* par un juge ; remarquons au passage que dans les deux rédactions de ces interdits qui nous soient parvenues, la question préalable est une question de puissance et non de filiation proprement dite⁶. Ces interdits ne pouvaient être

1. Comparer avec le procès de liberté.

2. *De Orat.* I, 58. — « En fait pendant une longue période les Centumvirs ont été seuls compétents pour les procès d'hérédité » (H. Pissard. *Les questions préjudicielles en droit romain*, p. 62).

3. Gaius, IV, 51.

4. Pissard, p. 58.

5. *Epist. ad Dom.* 50. « Le Tribunal des Centumvirs ne fut probablement jamais aboli par un texte formel, mais disparut de lui-même lorsque le prêteur lui eut retiré sa faveur. Cela explique qu'au temps de S. Jérôme ou même de Justinien les Centumvirs soient demeurés dans l'esprit des écrivains comme la plus haute juridiction compétente pour les questions d'hérédité. » (Pissard, p. 64).

6. D. 43, 30, 1 pr. « qui quave in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est quominus apud te esset ita eum eamve exhibeas. »

délivrés au père directement contre l'enfant, mais seulement contre un tiers détenant l'enfant auprès de lui ; cela marque bien qu'il s'est élevé un conflit de puissance. Quant à l'action directe entre fils et père, tout au plus avant l'Empire pouvait-elle utiliser un moyen prétorien, le *præjudicium*¹. Il n'est d'ailleurs pas prouvé que cette procédure ait été organisée avant Julien et l'Edit perpétuel ; en tout cas, elle n'a pu se développer avant la loi Ebutia, puisqu'elle est de création prétorienne² ; aussi pensons-nous pouvoir mieux l'analyser dans la deuxième partie de cette étude. Retenons seulement pour l'instant que, d'après Lenel, l'*intentio* qui était à elle seule toute la formule, ne devait pas poser la question même de paternité *an filius sit*, mais la question beaucoup plus vague *an A^s A^s in ea causa sit ut a N^o N^o agnosci debeat*³ ; ainsi donc ici encore la question de filiation n'aurait pas été directement posée.

Le *præjudicium*, s'il existait avant la codification de Julien, n'a dû servir le plus souvent au début qu'à résoudre des conflits de succession et n'a donc été jugé la plupart du temps qu'en l'absence du père. Il ne dut guère s'élever de contestations directes entre père et fils qu'au moment où l'on reconnut l'existence entre parents de l'obligation alimentaire, c'est-à-dire assez tard, au début du II^e siècle de notre ère et c'est à cette époque qu'apparurent les Sénatusconsultes dont parle Ulpien et qui renouvèrent entièrement le droit à ce sujet. En tous cas jusqu'à une date très basse, les seuls moyens de droit où la question de paternité pût être posée ne sont ouverts qu'aux *patresfamilias*, les fils n'y ont point accès.

Dès les premiers temps de Rome, cette idée fut admise sans réserve que les enfants nés d'un légitime mariage tombaient sous la puissance du mari de leur mère — ou du *pater* de ce

D. 45, 50, 3 pr. : « Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est, quominus eum Lucio Titio ducere liceat. v. f. v. »

1. Cf. Ulp. D. 6, 1, 1, 2 : *Petuntur igitur aut præjudiciis aut interdictis...* Ainsi d'après Ulpien le *præjudicium* pouvait être le plus souvent employé dans les procès avec un tiers.

2. *Inst.* IV, VI, 15.

3. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point pour le discuter.

mari. Au contraire, les bâtards n'avaient pas de père connu légitimement et suivaient leur mère¹. Pourquoi donc faisait-on intervenir en ces matières la notion des *justæ nuptiæ*? Nous croyons toucher ici à un des points les plus caractérisés et les plus significatifs de toute la civilisation romaine : la puissance, *potestas*, est essentiellement un fait de volonté, elle ne saurait naître si le *pater* n'a l'intention formelle et expresse de la faire naître à son profit; elle est, si nous osons dire, une sorte d'acquisition, par conséquent une expansion, une extériorisation de la personnalité; il faut donc que cette personnalité consente à s'accroître et marque de façon indiscutable sa volonté. D'autre part, étant par nature exclusive de toute autre puissance, la *potestas* ne peut naître que là où une prétention contraire ne pourra s'élever : il faut donc que le *pater* de la jeune fille ait renoncé à exercer des droits sur les enfants que celle-ci mettra au monde; il faut qu'il consente à ce que sa fille soit prise par tel homme qui veuille par elle se procréer des enfants. Si ce double consentement fait défaut, le père, dont l'action dans le phénomène de la génération est mystérieuse et insaisissable, ne sera pas désigné par les actes extérieurs et solennels de volonté qui ont précédé le mariage et la loi l'ignorera. Ce double consentement doit être donné, car les théories religieuses que l'on connaît à la Rome primitive l'exigent. Or, il n'est exprimé que dans le mariage légitime²; les cérémonies des *justæ nuptiæ*, si elles ont un caractère religieux très réel, servent aussi à proclamer le désir des époux de fonder une famille, la volonté du mari de se susciter une postérité; cette intention dirigée apparaît nettement dans la terminologie employée : *uorem ducere liberâum quærendâum causa*; le mariage romain avec ou sans *manus* est en quelque sorte une reconnaissance anticipée des enfants de

1. Nous l'établirons dans notre étude sur le concubinat.

2. Il est aussi exprimé dans l'adoption — il est curieux de noter que l'*arrogatio* tend à se rapprocher le plus possible du mode normalement employé pour fonder la famille, c.-à-d. du mariage et qu'elle crée un lien double de parenté entre l'adopté et ses père et mère adoptifs : « ... quam si ex eo patre matreque familiâ ejus natus esset. » Cf. *supra* p. 113.

raritates, sed nono mense aut decimo : neque præter hos alios partionem mulieris secundum naturam fieri existimasse¹ ». Aulu-Gelle déclare que l'opinion dominante parmi les médecins et les philosophes est « postquam mulieris uterus conceperit semen, gigni hominem septimo rarer, nunquam octavo, sæpe nono, sæpenumero decimo mense » et il cite Plaute, Ménandre, Homère et Hippocrate lui-même qui semble d'ailleurs passablement obscur sur cette question et sans opinion bien arrêtée — ce qui n'empêchera point les prudents du ⁱⁱⁱ siècle de recourir à son autorité — en tout cas, l'illustre thérapeute paraît admettre un terme maximum de onze mois². Pline l'Ancien est, lui aussi, assez imprécis : « Homo toto anno et incerto gignitur spatio ; alius septimo mense, alius octavo et usque ad initia decimi undecimique³. » Il semble cependant que le délai normal de la grossesse soit, dans la pensée des anciens auteurs, de dix mois : ainsi Virgile écrit : « Matri longa decem tulerunt fastidia menses⁴ » et une discussion s'éleva à Rome — selon Aulu-Gelle⁵ — sur le point de savoir si un enfant, né au huitième mois de la grossesse et mort aussitôt, pouvait conférer à sa mère le *jus trium liberorum* « cum abortio quidem, non partus videretur mensis octavi intempestivitas. » Les jurisconsultes classiques ne sont guère plus formels : ils se tiennent à ce délai de dix mois, mais paraissent admettre que le juge s'en écarte : ainsi Ulpien *lib. 14 ad Sabinum* décide que « Post decem menses mortis natus, non admittitur ad legitimam hereditatem — de eo autem qui CLXXXII^o die natus est Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum⁶. » L'indétermination du mot *videri* est à remarquer ; la même hésitation se retrouve chez Paul qui écrit au *lib. 19 Responsorum* : « Septimo

1. Aulu-Gelle *l. c.*

2. Cf. la Traduction latine d'un médecin de Metz, Francfort, 1695, t. III, §§ 55, 57 et 41.

3. *Hist. Nat.* VII, 4, (5).

4. *Eglog.* IV, 61.

5. *l. cit.*

6. l. 3 §§ 11, 12, D. *de suis et leg* 38, 16.

mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis et ideo credendum est eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse »¹. Le même Paul semble exiger dans les *Sentences*² que le septième mois soit écoulé ; il s'agit ici du *jus liberorum* : « Septimo mense natus matri prodest, ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno, aut decimo mense partus maturior videatur ». Enfin dans la Novelle 59 Justinien décide — sans autre précision — que l'enfant né plus de onze mois après la mort du mari ne saurait être légitime « neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est. » De tous ces textes, la conclusion se dégage d'elle-même : les jurisconsultes romains ont retenu quelques indications générales — si nous osons dire — sur la durée normale de la gestation — il ne pouvait guère en être autrement — mais il n'y a jamais eu en droit romain une règle analogue à celle de notre Art. 312, § 2, une présomption *juris et de jure*³.

Nous croyons opportun de rapporter ici en appendice quelques dispositions de droit Aryen (ossète, hindou, germanique) que nous rapprocherons ainsi de la législation romaine.

1. l. 12, D. *de statu hom.* 1, 5.

2. IV, IX, 5.

3. La durée de la grossesse pose parfois, au cas de second mariage de la femme, la grave question de la confusion de part : déjà, d'après Plutarque, Numa détermine un *tempus lugendi* et impose à la femme un délai de viduité de dix mois (Numa, 12 : ἀλλὰ τοῦ μακροτάτου πένθους χρόνον εἶναι δεκαμηνίον, ἐφ' ὅσον καὶ χηρεύουσιν αἱ τῶν ἀποθανόντων γυναῖκες· ἡ δὲ προτέρον γάμμηθεῖσα βοῶν κέρυμονα κατέθουεν ἐκείνου νομοθετήσαντος) ; plus tard, le préteur, au cas où le délai de dix mois n'a pas été respecté, frappe les personnes responsables du second mariage de la peine de l'infamie (cf. Fr. Vat., 320 et D. 5, 2 de *his qui not.*). L'idée religieuse du *tempus lugendi* subsiste encore et on n'impose point le délai aux femmes divorcées. Les empereurs chrétiens le leur imposent (C. V. XVII de *rep.* 8, 4 b), portent le délai à un an (C. V, IX de *sec. nuptiis*) et frappent les femmes qui ne l'observent pas de peines pécuniaires (cf. Justinien, Nov. 59, c. 2). Le second mariage n'est d'ailleurs pas nul ; la question de l'attribution des enfants, dont la génération peut être rapportée au premier mari aussi bien qu'au second, est restée sans solution de principe dans le droit romain classique. Les commentateurs médiévaux, comme ceux des temps modernes, se sont livré de furieuses batailles à ce sujet sans arriver à des solutions bien précises.

Les Ossètes occupent de nos jours les plateaux de Vladicaucase et, dans la montagne, les gorges du Térék ou de ses affluents; ils sont donc installés sur le versant septentrional de la chaîne du Caucase; quelques-uns sont disséminés sur le versant méridional. Peuplade assez peu nombreuse — 100 000 habitants — d'origine aryenne, une des colonies iraniennes répandues jadis, d'après Miller, dans tout le nord du Caucase, ils auraient occupé tout d'abord le cours supérieur du Kouban et auraient été rejetés dans la vallée du Térék par des peuplades Tcherkesses et Tatares. Ils ont fait l'objet d'une étude documentée de Maxime Kovalewsky qui nous fournira la base de notre investigation¹.

Les Ossètes sont polygames ou plutôt ils en sont arrivés à cette période de transition qu'Unger veut discerner entre la poly- et la monogamie: ils n'ont qu'une seule épouse principale, mais à côté d'elle leur harem comprend d'autres femmes qui ont un rang inférieur et qui sont appelées *nomoulouss*, c'est-à-dire épouses nominales². Pour se marier, un Ossète doit verser aux parents de la jeune fille un *irade*, c'est-à-dire une somme qui varie suivant les cas et qui est souvent très forte³. En principe, le jeune homme doit prendre une femme de sa condition sociale⁴. La première épousée est la femme principale, les autres sont les *nomoulouss*; celles-ci semblent être en général d'un rang inférieur, car leur *irade* est moins élevé que celui de l'épouse légitime⁵. Le mariage ossète offre quelques usages intéressants: par exemple les cadeaux obligatoires du fiancé à quelques parents de sa fiancée, notamment au plus proche parent de sa belle-mère, le plus souvent l'oncle maternel de la jeune fille. Pour Kovalewsky, il y a là une survivance du matriarcat, de l'époque où le frère de la

1. *Coutume contemporaine et loi ancienne*. V. aussi *Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété*, p. 140.

2. La polygamie est d'ailleurs l'apanage de la seule classe riche: seuls les chefs, *aldars*, ont le droit d'entretenir des *nomoulouss*.

3. *Op. cit.*, p. 161 et s.

4. *Op. cit.*, p. 195.

5. L'*irade*, aboli officiellement en 1879, a, malgré tout, continué à être perçu.

mère était le parent le plus proche¹, le nourricier (cf. sanscrit *bhratar*) de sa sœur qui vit près de lui (*svasor*)². Outre l'*irade* le jeune homme devait verser une certaine somme au village, à l'*aoul* de sa fiancée, c'est-à-dire, au fond, à toute sa parenté puisqu'au début le village était formé par les diverses branches d'une même famille, si bien que les Ossètes, pratiquant l'exogamie, sont obligés de prendre femme dans un autre *aoul* que le leur, car ils ne pourraient trouver dans ce dernier un « feu » dont les membres ne portent point le même nom qu'eux. Le mariage normal est donc, en Ossétie, « avant tout un contrat de vente en vertu duquel les parents de la fiancée la cèdent au feu du fiancé pour un certain prix. Si même nous considérons l'*irade* comme une espèce d'amende, comme une rançon que doivent payer les parents du fiancé pour l'enlèvement de la jeune fille, nous n'en devons pas moins dire que le mariage ossétien est une véritable transaction commerciale dont les avantages appartiennent aux parents de la fiancée »³.

Les droits du mari sur l'épouse légitime sont immenses et ne connaissent qu'une limite: le mari ne peut ni vendre, ni donner, ni tuer sa femme; il peut la répudier — sauf restitution de tout ou partie de l'*irade*; dans ce cas les enfants restent en général auprès du père. Les droits du mari sur les *nomoulouss* sont analogues; envers celles-ci, d'après Kovalevsky⁴, il n'est qu'un devoir: ne pas les abandonner et subvenir à leurs besoins. Ainsi donc il ne paraît pas qu'en droit la situation des épouses de premier et de second rang

1. Cf. Tacite *Germanie* 20 : « Sororum filiis idem apud avunculum qui ad patrem honor. Quidam sanctiorem arctioremque hunc nexum sanguinis arbitrantur et in accipiendis obsidibus magis exigunt, tanquam et animum firmitus et domum latius teneant. »

2. V. d'autres usages concernant la conclusion du mariage et la conduite de l'épouse après le mariage, dans Kovalevsky, *l. c.*

3. Kovalevsky, *op. cit.*, p. 165-166. Le mariage par enlèvement n'est admis que lorsque les parents de la jeune fille refusent d'exécuter une promesse de mariage à laquelle ils avaient consenti. Le jeune homme enlève la fiancée et consomme le mariage; il ne reste aux parents qu'à percevoir l'*irade*.

4. *Op. cit.*, p. 155 et s.

soit si différente; en fait peut-être l'est-elle de façon considérable: l'épouse légitime doit être, croyons-nous, de condition sociale supérieure et c'est elle qui procrée les fils légitimes du mari, ceux qui pourront offrir les sacrifices funèbres sur sa tombe, les véritables continuateurs de sa personnalité, sans lesquels il serait « vraiment mort ».

Les fils de l'épouse légitime sont copropriétaires du bien familial, *heredes sui*, si bien qu'en cas d'émancipation le père doit diviser le patrimoine commun en autant de parts qu'il y a d'hommes dans la famille et en remettre une au fils qu'il chasse loin de lui. Le père n'a pas sur ses fils le *jus vitæ necisque*, mais s'il vient à en tuer un, le meurtre restera impuni puisqu'il n'y aura pas de vengeur du sang; il en serait de même d'ailleurs au cas inverse de parricide. Les filles légitimes, elles, n'héritent pas et sont primées par les fils des *nomoulouss*, lorsqu'il n'y a pas d'héritiers mâles. Elles ne sont pas dotées par leur père, puisque les biens sont la copropriété familiale et ne peuvent sortir du patrimoine commun, mais elles reçoivent des cadeaux importants; le père les marie comme il l'entend et perçoit l'*irade*; depuis quelque temps un tiers de l'*irade* est remis à la jeune femme qui n'en peut disposer qu'avec le consentement de son mari; peut-être y a-t-il là une influence musulmane.

Les fils des *nomoulouss* en principe n'héritent point; bien plus, ils font partie du patrimoine familial; ils n'ont, en cas de partage, que le droit de choisir parmi les copartageants celui qui sera leur nouveau maître; c'est seulement au cas de carence d'héritier mâle que les *Kavdassards* sont appelés à continuer la race; ils priment les femmes et les cognats et héritent; ils sortent alors de leur classe et deviennent libres. Pas plus d'ailleurs que le fils légitime, le *Kavdassard* ne peut théoriquement être vendu ni donné à un étranger; pas plus que pour le fils légitime cette règle n'est respectée en pratique. Le père peut faire tuer le *Kavdassard* à sa naissance ou bien le garder comme ouvrier; il a même à sa disposition un moyen assez pratique pour accroître la puissance

économique et politique de son feu : il prête la *nomoulouss* à un étranger, en se réservant les enfants qui naîtront de cette union ; il augmente ainsi le nombre des travailleurs sous ses ordres¹. Cette pratique était assez fréquente avec les esclaves : pour avoir des ouvriers, le *dominus* permettait à la femme esclave de cohabiter avec des étrangers à la condition que les enfants lui resteraient : le père d'un *gourziak* (fils d'esclave) est celui à qui la mère appartient². Les *Kavdassards* peuvent posséder des esclaves ; au cas d'union entre *Kavdassard* et *gourziak*, l'enfant suit la condition inférieure, sauf en Tagaourie où *infans sequitur ventrem*. Nous constatons donc ici encore la nécessité de l'intention dirigée, du consentement du père dans la procréation des *sui heredes* ; ce n'est pas la différence de situation juridique entre épouse légitime et *nomoulouss* qui peut expliquer la différence considérable entre la condition des fils légitimes et celle des *Kavdassards* ; ce qui importe, c'est la situation de fait de l'épouse, sa condition sociale et l'estime qu'en fait le mari (estime qui se traduit d'ailleurs par un *irade* plus élevé que pour la *nomoulouss*) ; le *pater* cherche dans son mariage la continuation de la famille, elle est assurée par l'épouse légitime qui est la première femme cohabitant avec lui ; ainsi sera obtenu « l'enfant du devoir »³ ; les unions avec les concubines ont un motif économique et sensuel, mais le *pater* n'y veut point trouver l'origine de sa postérité ; cela ne sera qu'au cas où tout *heres suus* mâle viendrait à faire défaut. L'autonomie de la volonté paternelle se rencontre donc chez les Ossètes du Caucase comme le principe même de l'organisation familiale.

1. V. en droit irlandais le *Senchus Mór* dans *Ancient laws of Ireland*, t. II, p. 399-401.

2. V. aussi le rapport du prince Galitzine sur les Digoriens, 1844 : « Si un mari a une jolie femme et que cette femme soit stérile, il en prendra une autre en payant le Kalime ou prix de la mariée ; puis il remet sa première épouse à un autre homme non marié (ordinairement à un de ses parents) ; les enfants que peut avoir ce dernier appartiennent toutefois au premier mari ; le célibataire n'a pas le droit de nommer *siens* les enfants qu'il a eus de cette cohabitation. »

3. Que la procréation de cet enfant soit exigée par le culte des ancêtres, cela n'empêche pas la volonté paternelle de jouer son rôle et demande au contraire une intention dirigée.

C'est un principe identique qui se retrouve encore, croyons-nous, dans les lois de Manou. Ce document est de date basse, puisqu'on fait varier sa rédaction entre 200 av. et 200 après le Christ; il nous montre une société hindoue fortement évoluée et un pouvoir public déjà spécifiquement organisé; il nous a paru bon cependant d'indiquer en quelques mots le concept que son ou ses rédacteurs se sont formé de la famille et de la paternité d'autant que ce recueil est, pour nous, le résultat laborieux d'une longue stratification de textes et que plusieurs *slocas* pourraient remonter à une assez haute antiquité¹.

Manou dit très nettement² que « l'enfant mâle est reconnu comme le fils du Seigneur [de la femme]³, mais la Sainte Écriture présente deux opinions : pour les uns le Seigneur est celui qui a engendré l'enfant, pour les autres, celui à qui appartient la mère. » Ainsi donc nous nous trouvons en présence de deux tendances : d'après l'une, le *pater* de l'enfant est le *pater* de la mère; d'après l'autre, le *pater* est le *genitor*. Déjà une évolution commence à se dessiner et le pouvoir patriarcal à s'affaiblir; ces deux théories se retrouvent dans le cours entier du document qui nous occupe; la première qui consacre encore la suprématie du pouvoir patriarcal semble dominer : « Avec des vaches, des juments, des chameaux, des filles esclaves..., le [propriétaire du] mâle qui a engendré n'a aucun droit sur la progéniture; la même chose a lieu pour les femmes des autres hommes »⁴; et plus loin : « Si un taureau engendre cent veaux en s'accouplant avec les vaches des autres, ces veaux appartiennent aux propriétaires des vaches »⁵. Le fruit appartient non à celui qui a semé, mais au propriétaire du champ. Or « la femme est considérée par la loi comme le champ et l'homme comme la semence »⁶. C'est que, en

1. On trouve d'ailleurs çà et là des traces de matriarcat. Cf. vg. XI, 170-171 et peut-être III, 148.

2. IX, 52.

3. Les mots entre crochets sont du commentateur hindou.

4. IX, 48.

5. IX, 50.

6. IX, 55. Il est curieux de rencontrer la même théorie chez Hostiensis. V. *infra*, p. 216, n^o 1 et 2.

fait, « ... l'autorité de l'époux sur sa femme repose sur le don que le père lui fait de sa fille »¹. Mais d'autre part l'évolution dont nous venons de parler est indiquée en d'autres passages : la puissance paternelle semble perdre un peu de son empire et, pour quelques *slocas*, en matière matrimoniale, la considération importante n'est point de savoir si le père de la jeune fille a donné son consentement, mais de déterminer si les distinctions entre classes sociales, auxquelles les Brahmanes ont tant attaché de prix — ont été respectées : « Si une jeune fille n'étant pas donnée en mariage prend de son propre consentement un époux, elle ne commet aucune faute non plus que celui qu'elle va trouver »². De même « celui qui fait violence à une jeune fille subira sur le champ une peine corporelle, mais s'il jouit de cette jeune fille parce qu'elle y consent et s'il est de la même classe qu'elle, il ne mérite pas de châtiment »³. Le mariage par achat encore vivace⁴ tend malgré tout à disparaître et est blâmé : « le père qui reçoit une gratification vend sa fille tacitement », or cela ne doit pas être⁵. Quant à la paternité proprement dite, deux *slocas* au moins paraissent consacrer le principe que l'enfant appartient au seigneur de la femme — en l'occurrence au mari : « Si un enfant vient au monde dans la demeure de quelqu'un sans qu'on sache quel est son père, cet enfant né clandestinement dans la maison appartient au mari de la femme qui l'a mis au monde »⁶. — « Si une femme enceinte se marie, que sa grossesse soit connue ou non, l'enfant mâle qu'elle porte dans son sein appartient au mari »⁷. » Aucune considération n'est invoquée ici pour justifier une présomption aussi nettement posée; il est bien évident que le *plerumque fit* n'a pas été le

1. V, 152.

2. IX, 91.

3. VIII, 364; v. VIII, 365-366 et 353.

4. VIII, 366 : « qu'il donne la gratification d'usage et l'épouse, si le père le veut. »

5. IX, 98.

6. IX, 170.

7. IX, 173.

déterminant principal du législateur, puisque celui-ci envisage expressément le cas où le mari ignore la grossesse¹ : C'est que l'enfant est une source de richesses, il pourra peut-être offrir un jour le *Sraddha*² au mari de la mère : c'est qu'en définitive celui-ci a intérêt à l'avoir sous sa puissance ; la présomption posée se justifie donc, d'après nous, par le principe patriarcal exposé plus haut et résulte de la seconde des théories qu'indique la *sloca* IX, 52³ ; les termes mêmes qu'emploie Manou corroborent notre assertion : « l'enfant *appartient* au mari de la femme ». Mais la strophe IX, 172, ne respecte pas l'unité de cette doctrine et dit : « Lorsqu'une fille accouche secrètement d'un fils *dans la maison de son père*, cet enfant, qui devient celui de l'homme que cette fille épouse, doit être désigné par la dénomination de fils d'une demoiselle. » La paternité n'est point ici la conséquence de la puissance ; celle-ci en effet n'est point passée entre les mains du mari avant la naissance de l'enfant qui vient au jour sous la *potestas* dont son aïeul maternel ne s'est point encore dessaisi⁴ ; n'y aurait-il donc pas ici, au contraire des dispositions précédemment rapportées, une présomption basée sur le *plerumque fit* ? Le plus souvent, en effet, dans ce cas le mari à qui la naissance de l'enfant sera connue, aura épousé la jeune femme parce qu'il aura voulu que cet enfant fût reconnu comme son fils et qu'il l'aura su né de ses œuvres. La rédaction de la *sloca* 172 marque d'ailleurs cette différence et se distingue des deux autres *slocas* 170 et 175 : « ... l'enfant qui devient celui de l'homme que la femme épouse. » Nous avouons d'ailleurs ne risquer ces explications qu'avec timidité : la question se complique en effet si l'on fait intervenir dans les données du problème la réglementation successorale et

1. Dans la *sloca* 170, l'hypothèse envisagée rappelle de loin une disposition du droit français.

2. Le repas funèbre.

3. V. *supra*, p. 148, n° 2.

4. Les commentateurs ajoutent à la *sloca* V, 152 (cf. *supra*, p. 149, n° 1) les mots : « au moment des fiançailles », mais cela ne change point le problème. Il faut retenir que les lois de Manou punissent l'adultère de mort. Cf. VIII, 371-372.

notamment les *slocas* IX, 159-160; les contradictions foisonnent alors et les textes ne contribuent guère par leur clarté à les concilier; il serait intéressant de connaître les interprétations des commentateurs anciens; mais nous n'avons eu ni le loisir ni la possibilité de nous livrer à ces investigations. Somme toute, le principe patriarcal attribuant l'enfant au *pater* de la mère semble généralement respecté: nous le retrouvons un peu plus tard consacré encore dans les Institutes de Narada¹: « Le fils naturel né d'une fille non mariée et de père inconnu offre le gâteau funéraire au père de sa mère et en est héritier. Quant à l'enfant adultérin, s'il n'y a pas eu adoption de la part du père et de la mère, il appartient à son père naturel ou au mari, suivant que la cohabitation avec la femme a été ou non précédée d'un présent fait au mari »². Ainsi donc comme le droit ossète, le droit hindou admet que l'enfant entre dans la famille de celui qui a puissance sur la femme, mais que la volonté de ce *pater* est toute puissante et que l'enfant peut être écarté par elle de la famille et abandonné à un autre homme.

Enfin, qu'il nous soit permis de rapporter quelques dispositions de droit germanique: d'après la *lex Gondobada*, le mari paye aux parents de la femme un *wittimon*, *pretium nuptiale* dont celle-ci prenait toujours un tiers³. La puissance était alors transférée à la famille du mari, si bien qu'au cas de secondes noces le *wittimon* était payé par le nouveau fiancé à ceux qui étaient devenus parents de la femme par le premier mariage: « Mulier quæ ad secundas nuptias traditur, wittimon ejus a prioris mariti parentibus vindicetur. Si vero III^{um} maritum accipere voluerit, wittimon, quod maritus dederit, mulieri proficiat⁴ ». La *lex Alamannorum*, rédigée

1. Ce document date des v^e ou vi^e siècles de notre ère.

2. Dareste « Les anciens codes brahmaniques » dans *Journal des Savants*, Janv., Fév. 1884, p. 94.

3. Cf. ce qui s'est passé pour l'*irade* ossète.

4. *Lex Gondobada* (dans les *Monumenta Germaniæ historica-Legum Sectio I^o*) titre LXIX de *Wittimon*.

d'après Lehmann¹, *saeculo octavo ineunte*, exige, elle aussi, que le mari acquière le *mundium* sur la femme : « Si quis filiam alterius non sponsatam acciperit sibi ad uxorem, si pater ejus requirit, reddat eam et cum XL solidis eam componat. Si autem ipsa femina sub illo viro mortua fuerit antequam illo mundio apud patrem adquirat, solvat eum ad patrem ejus CCCC solidis et si filios aut filias genuit ante mundium, et omnes mortui fuerint, unicuique cum virigildo suo componat ad illum patrem feminae². » Ici l'époux a enlevé sa femme sans le consentement du père de celle-ci : il paiera donc une composition de 40 sous et rendra la fille à son père : mais si par malheur la femme meurt avant qu'il n'ait acquis le *mundium*, il paiera au père 400 sous et lui versera en plus le wergeld de tout enfant mort avant l'acquisition du *mundium* ; c'est donc que les enfants appartiennent à leur grand-père maternel et qu'un dommage à eux arrivé donne à ce *pater* droit à une composition³ ; les enfants ne seront sous puissance de leur *genitor* qu'autant que le *pater* de la femme aura consenti à laisser celle-ci enfanter, si nous osons dire, pour le compte d'un autre ; par conséquent il faudra que le mari acquière le *mundium*, qui est à la fois, croyons-nous, la cause déterminante et l'extériorisation voulue de ce consentement⁴.

§ 2. — De l'enfant issu d'une union non reconnue ou prohibée par le droit romain.

Le problème ainsi posé serait d'une amplitude singulière ; mais nous n'examinerons ici que la situation des enfants nés d'un mariage mixte patricio-plébéien avant la loi Canuleia ;

1. Préface à l'édit. des *Mon. Germ.*

2. *Lex Alam.* LIII, 1-2 (LIV, 1-2).

3. Cf. en droit irlandais le Livre d'Aicill qui détermine au cas de légitimation des enfants naturels ou même adultérins le montant de la compensation à payer au mari de la mère (cf Sumner Maine *Histoire des institutions primitives*), v. les considérations analogues de droit islandais et germanique que rapporte Kovalevsky *Tableau* p. 32-33, 46-47.

4. Esmein, *Mélanges* l. c. p. 11, fait en effet remarquer justement que le contrat purement consensuel n'était pas connu des anciens Germains qui voulaient une *res* pour lier les volontés. — V. Brissaud *Cours d'histoire générale du droit français* t. II, p. 1016 n° 2, 1095 n° 1 et 1115.

nous étudierons ensuite la condition de l'enfant né d'un concubinat. Nous ne parlerons pas des autres enfants naturels issus d'un *stuprum*, d'un inceste ou d'une union rendue irrégulière par le défaut d'une condition de fond essentielle au mariage romain, par exemple du *conubium*; ces cas sont assez connus et nous n'avons pas cru devoir y revenir.

Pour les mariages patricio-plébéiens avant la loi Canuleia, on connaît la tradition suivant laquelle les décemvirs auraient, dans les deux dernières des XII Tables, enlevé à la plèbe le *conubium cum Patribus*; d'où cette conséquence : l'Etat romain ne reconnaissait pas les unions mixtes entre les deux grandes classes du *Populus Romanus*, il ne voyait là que des rapports de fait impuissants à créer des liens de droit et les enfants se trouvaient dans la situation ordinaire des *liberi naturales* sans aucune attache juridique avec leur père, comme nous verrons qu'il en a été pour les *filii ex concubinatu*. Il ne faut voir, croyons-nous, dans l'inscription du principe *ne conubium sit Patribus cum plebe* sur les Tables, qu'un épisode de la lutte célèbre qui est le fait culminant de l'antique histoire de Rome. Entre la mise en vigueur de l'œuvre décenvirale et le plébiscite de Canuleius il s'écoula d'ailleurs un temps si court (de 505 à 509 A. U. C.¹) que les unions illégitimes patricio-plébéiennes formées à ce moment durent être extrêmement rares. Le point intéressant nous paraît être de savoir si la disposition insérée dans les XII Tables se borne à consacrer une règle coutumière dès longtemps connue ou au contraire innove en la matière. Si le principe était admis depuis longtemps, aucune difficulté ne se présente : les enfants issus de ces unions prohibées auraient donc de tout temps été considérés comme *non justi* et n'auraient pas été rattachés au père; si, au contraire, les décemvirs ont apporté un changement dans le droit privé romain, le problème

1. Nous croyons que cette proposition reste vraie en général, même si l'on s'écarte des données traditionnelles sur les dates des monuments de la primitive Histoire romaine.

sera de déterminer quel pouvait être le régime antérieur à 504-505. De considérables auteurs¹ admettent sans difficulté que les XII Tables n'ont fait qu'élever une coutume au rang de loi écrite et qu'elles n'ont en rien modifié le droit privé. Cependant un examen des sources sur la matière ne nous semble pas permettre de telles conclusions : Cicéron ne dit-il pas en effet : « Ergo horum (les seconds décemvirs) ex injustitia subito exorta est maxima perturbatio et totius commutatio républicæ qui duabus tabulis iniquarum legum additis quibus etiam quæ disjunctis populis tribui solent, connubia. hæc illi ut ne plebei cum Patribus essent, inhumanissima lege sauxerunt; quæ postea plebiscito Canuleio abrogata est² ». Même sans qu'on rapporte les mots *perturbatio et totius commutatio républicæ* à la mesure décemvirale indiquée immédiatement après eux — ce qui serait soutenable — n'est-il pas rendu évident tant par les termes que par l'esprit du texte que Cicéron voit dans la loi sur le *connubium* une nouveauté, un changement considérable dans la situation et les rapports des deux classes ? Tite-Live n'est pas moins explicite : le discours prêté à Canuleius incrimine directement les décemvirs et la phrase : *Hoc ipsum, ne connubium Patribus cum plebe esset, non decemviri tulerunt paucis his annis pessimo exemplo publico, cum summa injuria plebis*³ ? peut-elle laisser entendre que la prohibition de mariage existait avant les seconds décemvirs ? ne dit-elle pas que la loi a été portée par eux depuis peu de temps, *paucis his annis* ? Si donc, sur la foi de ces documents, auxquels force nous est de nous rapporter, si peu sûrs qu'ils puissent être, nous admettons que les XII Tables ont bouleversé la réglementation des mariages mixtes entre classes dans la haute antiquité romaine, nous allons trouver par là-même le problème posé : quel était donc l'état du droit avant la réforme d'Appius Claudius et de ses collègues ? Ici nous

1. Girard. *Manuel* p. 458. Cuq *Institutions* t. I, p. 214 Mommsen *Römische Forschungen* S. 500 A. 29.

2. *De Rep.* II, p. 57.

3. IV, 4 — v; encore Dion Hal. X, 60; XI, 28.

sommes malheureusement rejetés une fois encore dans le domaine de l'hypothèse; les documents nous manquent et nous ne savons rien sur la question. Disons-nous avec Karlowa¹ que les Patriciens pouvaient contracter mariage avec les plébéiennes sous la forme de la *coemptio*, *welche schon längst den Patriciern mit den Plebejern gemeinschaftlich war?* Pour le romaniste allemand un mariage ainsi contracté aurait eu pour effet de faire entrer la femme dans la *manus* du mari et de faire tomber les enfants dans la *patria potestas* de celui-ci. Mais, en revanche, si le mari était patricien, femme et enfants restaient plébéiens, ils n'avaient pas avec le *pater* de *communio sacrorum* et n'entraient pas dans sa *gens*. Ainsi donc, avant les XII Tables, on aurait admis un *conubium* imparfait (*unvollkommenes*) entre patriciens et plébéiens. Ce *conubium* ne devait guère troubler les patriciens puisqu'il ne permettait pas la *collatio gentium*. De cette manière on pourrait expliquer qu'il y ait eu, en face des *gentes* patriciennes, des familles, des *stirpes* plébéiennes du même nom et qui n'étaient liées avec elles par aucun droit ni par aucun rapport de famille. Mais les unions mixtes se seraient multipliées et peu à peu les plébéiens et en particulier les familles sorties de tels mariages auraient réclamé le *conubium* complet avec le Patriciat; ce mouvement aurait inquiété les *Patres* qui par réaction suppriment dans la loi des XII Tables le *conubium* restreint jusqu'alors existant. Réaction à nouveau, du côté plébéien cette fois, et victoire de la Plèbe par le plébiscite de Canuleius, sur la teneur duquel nous n'avons aucun renseignement direct : la *confarreatio* reste propre au Patriciat; mais désormais l'entrée dans la *gens* patricienne n'est pas liée à l'accomplissement de rites sacrés : la femme plébéienne deviendra patricienne si elle épouse un Patricien et entrera dans sa *gens* soit par *coemptio*, soit par *usus*; les enfants, eux, naîtront patriciens.

Nous avons dit plus haut² que pour nous l'apparition de la

1. *Formen* p. 62-64, v. aussi R. R. G. p. 165-167.

2. p. 122 s.

coemptio dans le droit matrimonial de Rome est tout au plus contemporaine des XII Tables et de la constitution de Servius. Cette réserve faite, nous serions tentés d'adopter la théorie de Karlowa¹ et de penser que, dans les cas de mariage mixte, les enfants suivaient leur père en vertu « d'une coutume commune aux peuples gréco-italiques² » ; la femme, elle, est tombée *in manum* quand on a reconnu l'*usus* comme mode de *conventio in manum* ; mais il ne nous semble pas qu'elle ait pu entrer dans la *gens* patricienne : pour cela, une *confarreatio* eût été nécessaire. Les unions mixtes deviennent fréquentes et constituent alors un danger pour l'État patricien — ne serait-ce que parce qu'elles diminuent le nombre des *gentiles* possibles et qu'elles tarissent la source qui les renouvelait, en faisant les enfants plébéiens. Les questions matrimoniales préoccupent déjà les esprits à la fin du III^e siècle de Rome : les décemvirs réglementent l'*usus* d'une façon plus précise ; enfin, sous la domination violemment autoritaire des seconds décemvirs, on interdit brutalement tout mariage dans lequel les époux seraient de classe différente. Nous ne présentons ici encore que quelques hypothèses : il n'est guère possible, en l'état des textes, de formuler des conclusions plus précises et mieux assurées³.

La condition des enfants issus du concubinat peut être mieux et plus clairement déterminée. La question revient d'ailleurs à savoir si le concubinat constitue, comme l'ont soutenu d'illustres romanistes dont Cujas et Heineccius, un *semi-matrimonium*, une union consacrée par la loi⁴. A notre sens, il convient de discerner une évolution dans le droit à ce sujet et de distinguer entre la période païenne et la période

1. Qui admet lui-même que la *coemptio* date de l'époque de Servius Tullius.

2. Cuj *l. c.* p. 215.

3. Les indications que donne M. Bloch *op. cit.* t. 107, p. 59-41, sont intéressantes et ne nous paraissent point inconciliables avec le système que nous proposons.

4. Théodore II et Valentinien III qualifient le concubinat d'*inequale conjugium* (l. 3 C. de Nat. lib. 5, 27). Justinien appelle la concubine : γυναιζομένην τῷ νόμῳ πᾶλλοι (Nov. 18 c. 3).

chrétienne, avant et après Constantin : nous étudierons plus tard la phase post-constantinienne¹. On sait que le *concubinitus* est l'union d'un homme et d'une femme en dehors des modes de *conventio in manum* — ce qui permet de le distinguer du mariage *cum manu* — avec l'intention de ne point fonder de famille légitime — ce qui permet de le distinguer du mariage *sine manu*; celui-ci, en effet, en dehors de cérémonies non obligatoires, n'était pas muni d'un signe diacritique qui permit de le reconnaître en toute certitude, puisqu'il se formait par le seul échange des consentements²; aussi Paul dit-il : « Concubina ab uxore solo dilectu separatur³ », le seul critère était l'*affectus maritalis*⁴. Après la loi Julia de adulteriis, il fallut distinguer encore le *concubinitus* du *stuprum* : sous ce nom était puni le concubinage avec une matrone ; cela n'a d'ailleurs pas pour l'objet qui nous intéresse une grosse importance, puisque la loi romaine ne fait pas de distinction entre les enfants issus du *stuprum* et les *filii ex concubinato* jusque sous les empereurs chrétiens.

Si la théorie faisant, dès la République, du concubinat un mariage inférieur, de second ordre, est exacte, il faut qu'elle soit justifiée par les textes et que ceux-ci nous indiquent les modes de formation et de dissolution de cette union, qu'ils nous montrent les effets légaux qui en découlent.

Les textes où l'on pourrait voir énumérées les conditions de fond légalement indispensables à la formation d'un lien entre concubins ressortissent au droit pénal et non au droit civil. Ils interdisent certaines unions, mais par raison de conve-

1. Le concubinat a déjà été magistralement étudié par Paul Gide : *Le concubinat en droit romain*; et Mispoulet : *Du nom et de la condition de l'enfant naturel Romain* N. R. H. 1885. — Cela nous permettra d'être plus bref.

2. D'ailleurs la *deductio in domum mariti* n'est qu'un fait qui n'enlève point au mariage sans *manus* son caractère de contrat consensuel et n'en fait point un contrat solennel.

3. *Sent.* II, XX, 1.

4. Mais, ainsi que P. Gide le fait remarquer, n'est-ce pas, de nos jours encore, la seule possession d'état « qui entoure l'union conjugale de la notoriété assurant dignité d'épouse » ?

nance et de morale : il faut que la concubine soit nubile¹ ; on ne peut prendre pour concubine sa sœur² ni la concubine de son père³ ; mais ces prohibitions ne sont pas motivées par de pures considérations juridiques : elles sont la réaction d'un sens moral devenu plus délicat, et on n'en peut conclure que le législateur reconnaît par là la légitimité de rapports auxquels en fait il demeure indifférent tant qu'ils ne froissent pas sa susceptibilité morale et sa pudeur, et auxquels bien au contraire il assigne une limite que sa tolérance ne leur laissera pas excéder. La concubine ne jouit pas d'un statut légal ; elle peut, en effet, se voir donner des rivales, tandis que l'épouse est protégée par la loi aux temps classiques ; Paul dit en effet : « Eo tempore quo quis uxorem habet concubinam habere non potest⁴ » ; il n'est point interdit d'avoir plusieurs concubines à la fois⁵ ; on peut avoir pour concubine une femme avec qui le mariage serait impossible : ainsi un ingénu peut avoir pour concubine une femme adultère ou notée d'infamie ; les fonctionnaires de province peuvent choisir une femme domiciliée dans la province⁶. Les concubins ne doivent remplir aucune condition de capacité ; ils peuvent même n'avoir pas de personnalité juridique, ce qui arrivait fréquemment, les concubines étant le plus souvent des esclaves : « Multos videmus, dit saint Jérôme, *Epist.* 69 *ad Oceanum*, ob nimiam paupertatem uxorem sarcinas declinare et ancillas suas habere pro uxoribus, susceptosque ex his liberos colere ut proprios⁷. » Quels sont, d'autre part, les

1. l. 1 § 4 D. *de conc.*

2. l. 56, D. *de R. N.*

3. l. 1 § 4 D. *de conc.*

4. *Sent.* II, 20. Il est vrai que cette leçon est contestée ; il faudrait l'entendre en ce sens que le mari coupable s'expose au divorce ; en tout cas l'adultère du mari n'est jamais un crime.

5. Cf. Pline *Lettres* III, 14.

6. l. 1 § 2, l. 5 D. 50, 16 ; l. 2 § 1 D. 54, 9.

7. Cf. en outre D. 19, 5, l. 5 pr. ; 40, 2, l. 11 ; 42, 6, § 38 qui prouvent la fréquence de ces unions. Aurélien interdit d'ailleurs de prendre des ingénues pour concubines : « concubinas ingenuas haberi vetuit. » (Vopiscus *D. Aurelianus*, 49 D'après un fragment de Marcien (*lib.* 12 *Institutionum*) au D. 25, 7 *de Conc.* 5 pr. une ingénue ne pouvait être prise comme concubine sans formalités que si

effets légaux du concubinat? Entre concubins il n'existe aucune obligation juridiquement consacrée : il n'y a tout d'abord pas de devoir de fidélité et aucun d'eux ne peut commettre un adultère¹; seule l'affranchie prise pour concubine par son patron est tenue à lui rester fidèle, mais il n'y a là qu'un aspect du devoir d'obéissance de l'affranchie qui prend naturellement la forme du devoir de fidélité. Deux concubins peuvent bien se séparer, mais non divorcer juridiquement² : ils peuvent se faire l'un à l'autre toutes les donations qu'il leur plaira³; enfin il n'y a point entre eux de vocation successorale et ils ne sont point admis à bénéficier de la *bonorum possessio unde vir et uxor* qui fut connue dès l'époque de Labéon. La loi ne considère donc leur situation respective que comme un fait pur et simple n'emportant aucune conséquence juridique⁴. Ce même principe va se retrouver dans le règlement des rapports entre enfants et parents naturels; la loi ne s'est point occupée de ces questions qu'elle ignore : entre le père et l'enfant, le lien juridique qui découle du mariage, l'indication donnée par les *nuptiæ quæ patrem demonstrant* n'existent point; la filiation naturelle peut d'ailleurs avoir été établie de façon très nette⁵, elle peut même être proclamée judiciairement⁶, mais elle ne saurait porter

elle était née *obscuro loco* ou bien si elle faisait *quaestum corpore*; hors ces deux cas, il fallait, sous menace des peines du *stuprum*, faire une *testatio* où l'on dit manifestement prendre l'ingénue pour concubine; mais il faut remarquer qu'en principe on présumait les *justæ nuptiæ* entre deux personnes libres et ingénues et non le concubinat; une *recusatio* formelle de la part de l'homme était donc nécessaire pour que le stupre fût commis: cela devait être rare. De plus, comme le fait remarquer Accarias *Précis* I, p. 225, n° 1, le texte est écrit dans une langue très obscure et incorrecte qui peut faire soupçonner ici un remaniement de Justinien.

1. l. 6 pr., l. 15 § 6 D. *ad leg. Jul.* 48, 5.

2. l. 17, pr. *Rer. Rer.* 25, 2. — V. d'ailleurs *Cic. Philipp.* II, 58.

3. l. 3 § 1 D. *de donat. int.* V. et U. 24, 1.

4. Les philosophes n'ont pas plus que les juristes considéré le concubinat comme union régulière. Cf. S. Augustin *Serm.* 289. Musonius dans Stobée *Flor.* VI, 61, cf. aussi S. Jérôme *loc. cit.* (ces textes sont rapportés par Gide, *op. cit.*).

5. En particulier dans le cas de *causæ probatio* exigée par la loi *Elia Sentia* ainsi que dans les procès de liberté.

6. Cf. Paul l. 83 D. *de cond. et demonstr.* 35, 1. La preuve devant le juge de

d'effets par elle-même. Le fils a vis-à-vis de son père la situation d'un étranger : il n'a aucun droit à la succession ; le père peut à son gré lui léguer tout ou partie de ses biens, lui faire telle donation qu'il lui plaira, le charger du soin de son culte après sa mort, de la tutelle de sa veuve ; il peut enfin l'adopter. Mais, d'autre part, il n'est légalement tenu à aucune obligation envers lui et peut ne rien lui donner du tout¹ ; il ne peut non plus rien exiger de lui ni prétendre aux avantages légaux attachés à la paternité, par exemple, au *jus capiendi hereditatem legatunve*, ou à l'exemption de tutelle² ; il ne saurait nommer valablement un tuteur à ce fils³ qui ne lui est rien au point de vue juridique ; une preuve éclatante de l'absence de lien entre père et fils naturels réside dans le nom même que porte ce dernier : il ne peut, en effet, prendre le nom de son père ni introduire dans le sien une indication de filiation — en fait les bâtards placent entre leur gentilice et leur surnom l'indication L. F. ou Sp. F., mais on s'aperçoit qu'elle ne correspond pas à la réalité des faits dans les inscriptions où le nom du père est mentionné⁴ ; or, à Rome, le nom reflète fidèlement la personnalité civile de l'individu qui le porte. Si parfois la filiation naturelle intervient dans les considérations du législateur romain, si, par exemple on en tient compte dans l'*in jus vocatio* d'un ascendant⁵, dans les partages d'esclaves où l'on veille à ce que les enfants et les parents ne soient pas séparés, si le lien de filiation naturelle empêche le mariage⁶ c'est que, pour le jurisconsulte, en ces matières, *naturale jus et pudor inspiciendus est*, et cela s'applique à tous les enfants naturels, adultérins, incestueux

la filiation naturelle est exigée par le testateur comme condition à l'institution d'héritier.

1. l. 45 pr. D. 28, 6.

2. Cf. l. 2 § 3 D. 27, 1 et Fr. V. 168,

3. l. 7 pr. D. 26, 3,

4. Cf. Mispoulet l. c. la formule Sp(urii) f(ilius) peut se lire *spurius filius* et constitue en quelques sorte un jeu de mot. — Cf. Girard *Manuel* p. 183, n° 2.

5. Paul *Sent.* l. 1, § 1, 1.

6. *Etsi dubitetur patrem eum esse* l. 14 §§ 2-3 D. 23, 2.

et même issus d'un *contubernium*¹. La seule véritable exception au principe que nous avons énoncé plus haut est constituée, avant Constantin, par le rescrit d'Hadrien de 119 accordant aux enfants naturels² des légionnaires d'Égypte la *B. P. unde cognati* sur la succession de leur père — reconnaissant par conséquent l'existence d'un lien de cognation entre parents naturels³. Outre que cette constitution n'était peut-être applicable qu'aux légions nommées dans le préambule : ... λεγιῶνος τρίτης Κυρηναϊκῆς καὶ λεγιῶνος β' καὶ εἰκοστῆς Διοτριανῆς, il sied de retenir qu'elle s'adresse à une classe que l'Empire veut favoriser, les militaires, et qu'elle est une dérogation nette au droit commun se motivant par les encouragements que les empereurs entendent prodiguer à leurs soldats. Il faut noter d'autre part que les légionnaires étaient obligés au concubinat et qu'ils ne pouvaient contracter un *matrimonium justum*, le *conubium* leur étant retiré.

On a précisément voulu apercevoir entre l'enfant et sa famille naturelle un lien de *cognatio*, l'*agnatio* étant le fait de la famille civile. L'enfant naturel aurait donc pu exiger du père des aliments, prétendre à lui succéder. Mispoulet dit en termes formels : « Vis-à-vis du père, je n'hésiterai pas à déclarer qu'il n'y a entre lui et l'enfant naturel aucune parenté. La *cognatio* telle qu'elle est définie par les jurisconsultes ne saurait s'appliquer à notre hypothèse. » Et il cite à l'appui de cette assertion *Coll. Mos.*, XVI, 8, § 1, Gaius III, 24, Paul IV, 8, § 14. Gide fait remarquer que loin d'admettre une *cognatio*, les jurisconsultes classiques sont allés jusqu'à refuser à l'enfant naturel le droit aux aliments; Ulpien ne dit-il pas, en effet, qu'un père n'est tenu de nourrir sa fille que *si constiterit apud judicem juste eam procreatam*⁴? Même sous

1. I. 4, 3 D. 2, 4; I. 14, 2 D, 23, 2.

2. Les soldats n'avaient plus le *conubium* pendant la durée de leur service. — Mommsen C. I. L. III suppl. p. 2011.

3. V. Girard *Textes* p. 194-195.

4. I. 5 § 6 D. 23, 3. — Un peu plus haut le même Ulpien proclame : « ergo et matrem cogemus praesertim vulgo quaesitos liberos alere nec non ipsos eam. » I. 5 § 4, h. t.

les empereurs chrétiens et au temps de Justinien, la *cognatio* entre fils et père naturels n'a jamais été admise¹. Pour les Romains il ne saurait y avoir de *cognatio* que par les femmes : « Vulgo quæsitos nullum habere agnatum manifestum est, cum agnatio a patre, cognatio sit a matre, hi autem nullum patrem habere intelliguntur... tantum igitur cognati sunt sibi sicut et matris cognatis². » Le père n'étant point juridiquement lié à la mère, celle-ci ne saurait le rendre cognat de ses fils. En droit romain, l'enfant naturel n'a donc pas de père — dirons-nous selon la formule consacrée — il n'a qu'une mère³.

Encore cette proposition n'est-elle vraiment exacte qu'en dehors du mariage avec *manus*. Dans ce cas, en effet, la femme entre dans la famille de son mari, elle est *loco sororis* par rapport à ses fils; elle est partie intégrante du groupement familial dont son mari est membre; elle ne peut donc avoir aucun rapport avec ses enfants naturels, à qui elle ne peut laisser de succession⁴; il est de principe d'ailleurs que *mulier... familiæ suæ et caput et finis est*⁵; en fait le problème prendra un aspect plus redoutable qu'en droit et sera peut-être résolu par des moyens plus radicaux. Lorsque la mère ne sera pas mariée avec *manus*, l'enfant naturel sera membre de sa famille à titre de cognat⁶, il n'aura donc aucun des avantages de la parenté légale (succession ab intestat, tutelle) et sera *sui juris*⁷. Il jouira en revanche des droits attachés à la cognation (*consilium propinquorum* — culte des ancêtres dont il prend le nom) — donc « sauf en ce qui concerne le patrimoine de la famille, il avait une situation tout à fait semblable à celle de l'enfant légitime »⁸. Plus tard, lorsque la *cognatio* aura pro-

1. l. 12, C. 5, 27.

2. Cf. *Inst.* III, V, 4.

3. Gaius I, 64 : « Hi enim qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur patrem vero non utique. »

4. Les femmes ne peuvent pas avoir d'héritiers siens, comme on sait.

5. Ulp. l. 19, 5 D. 50, 16.

6. Cf. Mispoulet l. c. p. 41-42.

7. Ulp. IV, 2.

8. Mispoulet l. c. p. 43. — V. en sens contraire Mommsen *Droit public* VI¹, p. 37.

duit des effets juridiques dans l'édit du préteur, lorsqu'on aura accordé aux cognats une *bonorum possessio* en vertu de la seule qualité de leur parenté¹, lorsque d'autre part le mariage avec *manus* sera tombé en désuétude, la femme n'entrant plus dans la famille de son mari, étant sans autre lien avec ses enfants, le fait matériel de la naissance créant à lui seul la cognation, les enfants légitimes ou non vont tous se trouver vis-à-vis de leur mère dans la même situation de droit; quand sous Marc Aurèle le S. C. Orfitien appellera le fils à la succession de la mère à l'exclusion de tous les agnats, il s'étendra à tous les enfants *justi* ou *injusti*, il profitera au fils naturel ou même adultérin comme au fils légitime, tous cognats au même degré². De même les lois caducaires accordaient à la mère le *jus liberorum* sans distinguer parmi les enfants selon qu'ils avaient été ou non *juste quæsit*³.

Ainsi donc on a pu dire légitimement qu'à Rome il n'y avait pas de paternité naturelle ni de maternité légitime. Les choses ne seront plus les mêmes sous les empereurs chrétiens; à ce moment le concubinat fut organisé et porta des effets juridiques. Mais ce serait, à notre sens, une erreur que de ne pas apercevoir cette importante évolution et de vouloir faire la critique du concubinat à travers les seuls textes de la basse époque. Au reste « ce qui a produit la confusion, c'est qu'il (le concubinat) a été visé par la loi Julia *de adulteriis* qui, en punissant non seulement l'adultère mais le *stuprum* avec une femme honorable, exemptait le concubinat de ses pénalités (Marc. D. 25, 7 *de concub.* 3, 4 : quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis [Juliae de adulteriis] pœnam est). Il est depuis lors reconnu par le droit pénal qui a eu par suite à préciser ses conditions d'existence; mais il est toujours ignoré de la loi civile. Après comme avant il a continué à ne pas rattacher les enfants au père »⁴. Si nous recherchons

1. La B. P. *unde cognati* semble déjà connue de Cicéron. — cf. *Pro Cluentio* 60, 165. Elle existe en tout cas au temps de Labéon.

2. V. D. 38, 8, *Unde cognati*, 2.

3. Fr. V. 168.

4. Girard, *Manuel*, p. 185.

maintenant la raison profonde de cette ignorance en laquelle le droit romain tient le concubinat, nous ne pourrons guère que répéter ce que nous avons exposé plus haut à propos de la filiation légitime : la *potestas* est un fait de volonté ; là où cette volonté n'apparaît pas nettement marquée en un acte solennel, la puissance ne s'établira pas ; ici cet acte manque, ce consentement préalable n'est point affirmé, il est au contraire implicitement nié puisque le père n'a point pris femme *liberorum quaerendorum causa* : les enfants nés de lui lui seront donc étrangers.

APPENDICE GÉNÉRAL

LES FICTIONS DE PATERNITÉ

Lorsque la nature ne répondait pas aux vœux du père de famille et lui refusait une descendance mâle qui perpétuât son nom, ou bien lorsque le père se trouvait insuffisamment pourvu d'héritiers, la coutume et le droit des civilisations patriarcales lui permettaient de suppléer à ces défauts : il pouvait appeler du nom de « fils » un individu qui ne lui était rien par le sang, qui au moins n'était pas en réalité issu de ses œuvres et qui devenait cependant son *heres necessarius*, passait sous sa puissance, était avec lui dans ces liens étroits d'interdépendance que créait la *patria potestas*. Cette continuité de la race, cette nécessité d'avoir un fils « qui relevât le nom du défunt dans son héritage » étaient telles que la loi assurait le père mort contre la carence d'héritiers et qu'elle imposait à la veuve l'obligation du lévirat ou soumettait la fille au sort de l'épicière¹.

Nous pourrions distinguer parmi ces moyens artificiels d'affiliation ceux pour lesquels le *pater* lui-même doit choisir son héritier et ceux dans lesquels son consentement personnel n'intervient pas.

Au nombre des premiers nous apercevons tout d'abord l'adoption. Cette institution n'a d'ailleurs point existé chez tous les peuples que nous avons étudiés jusqu'ici : Israël ne

1. Nous étudierons ici à côté du droit romain et du droit hébraïque quelques anciennes législations aryennes : grecque et ossète.

la connaît guère¹ et cela se comprend assez aisément; sous un régime polygame le *pater* voit sa descendance presque toujours assurée — au surplus on remédierait à l'absence de postérité par le lévirat² — on la rencontre chez les Hindous où le fils adoptif semble assimilé au fils légitime³; le droit Grec la connaissait aussi; enfin elle était (par l'*adrogatio*) une institution caractéristique du droit civil romain. Nous n'insisterons guère que sur les adoptions Grecque et Romaine qui ont d'ailleurs fait l'objet d'études assez développées⁴.

Il nous suffira de retenir — en visant d'abord particulièrement la législation et la coutume de Rome — que, tant dans l'*adoptio* que dans l'*adrogatio*, le *pater* choisit lui-même son héritier à son gré; il faut auparavant, pour que la puissance naisse sans encombre à son profit, que toute autre puissance sur l'adopté ait disparu; de là le procédé romain de l'émanicipation préalable : une fois la vraie *patria potestas* abolie, l'adoptant réclamera judiciairement sur l'adopté une puissance qui lui sera reconnue sans discussion. La procédure de l'*adrogatio* ne sera point la même : en effet l'adrogé est *sui juris*, il n'y a donc point ici de puissance à anéantir, mais pourquoi donc n'avoir pas utilisé une *vindicatio filii* fictive comme dans l'*adoptio*? Outre les difficultés auxquelles une semblable procédure aurait pu prêter, le contrôle que l'État romain et les pontifes ont voulu exercer sur un acte aussi grave n'a pas permis d'employer un moyen de droit comme l'*in jure cessio*. On sait — et nous n'y insistons pas — que la fortune, les *sacra* et les personnes en puissance de l'adrogé étaient affectées par l'*adrogatio* et qu'il fallut au début du droit une loi curiate pour réaliser cette *capitis minutio*. L'*adrogatio* affecte la constitution de la cité et relève du droit public; l'adoption est un acte purement privé et familial. L'adopté

1. L'adoption d'Ephraïm et Manassé par Jacob n'est point un acte juridique portant de réels effets.

2. Il est vrai que l'adoption est au contraire fréquente à Babylone. — Cf. Condamin, *op. cit.*

3. Cf. Manou, IX, 10, 142, 159.

4. V. notamment D. S. v^{is} *Adoptio-arrogatio*.

— comme l'adrogé — prend le nom de l'adoptant ou, plus exactement, gardant parfois son prénom, il prend le gentilice de son nouveau *pater* et porte son ancien gentilice en *cognomen*; l'indication de filiation indique l'adoptant comme père. L'adopté entre dans la famille adoptive comme un fils légitime, il participera aux *sacra*, il sera l'agnat et le cognat des agnats de son *pater*¹, il succédera à celui-ci comme *heres suus*; enfin il prendra sa condition — il y eut d'ailleurs des dérogations à ce principe dans le droit impérial² — La formule de l'*adrogatio* nous prouve d'ailleurs que l'on tendait à feindre le plus possible un rapport naturel de paternité : on rattache l'adrogé à un *pater* et à une *materfamilias*; on veut imiter au plus près la nature et assimiler complètement le fils adoptif au fils légitime : « L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matrequefamilias ejus natus esset : ei vitæ necisque in eum potestas fiet, uti pariendo filio est. » Ainsi donc voici un fils créé, πατρὺς, pour employer la terminologie grecque, par une opération de l'esprit, par un pur acte de volonté et sur qui la puissance sera la même que sur un fils naturel; cela ne confirme-t-il pas de manière singulière ce que nous avons dit plus haut sur l'autonomie de la volonté patriarcale dans la composition de la famille? On notera d'ailleurs que si l'adoptant avait un fils, il devait, au cas où il voulait que l'adopté prit qualité de petit-fils de ce fils, obtenir l'assentiment de ce dernier *ne ei invito heres suus adgnascatur*³.

En droit grec, « l'adoption est... la forme nécessaire que doit revêtir toute disposition de biens à titre universel »⁴; en

1. Mais non le cognat de ses cognats, car il n'y a ici qu'un lien civil — cela n'a d'ailleurs pas très grande importance dans l'ancien droit — de même les liens de cognation ne sont pas rompus entre l'adopté et sa famille naturelle. Pour sa vocation successorale comme cognat, cf. Girard, *Manuel*, p. 181.

2. Cf. C. de *Adopt.*, VIII, 48. Karlowa soutient d'ailleurs que l'adoption ne faisait pas entrer l'adopté dans la *gens* patricienne; il fallait pour cela une *arrogatio*; ceci paraît inexact; cf., Mommsen, *Étude sur Pline*, II, p. 36, n° 1.

3. *Inst.*, I, XI, 7. « Sed ex contrario si avus ex filio nepotem dat in adoptionem, non est necesse filium consentire. »

4. P. Gide et E. Caillemer dans D. S. v° *Adoptio*.

effet, les mots εἰσποιεῖσθαι *adopter* et διατίθεσθαι, *tester*, sont employés comme synonymes; le mot ἄπαις désigne également l'homme mort intestat et l'homme mort sans enfants. L'adoption grecque pouvait se faire soit par acte entre vifs, soit par disposition testamentaire. Dans le premier cas l'adoptant présentait en général (car ces formalités n'étaient point essentielles) l'adopté à sa phratrie. — Après un sacrifice au dieu, ὁ Ζεὺς ὁ φράτριος, l'adoptant jurait que l'adopté était citoyen d'Athènes et que l'adoption était conforme aux lois; on votait sur l'admission de ce nouveau membre dans la phratrie et, si les votes lui étaient favorables, on l'inscrivait sur les registres de la phratrie (puis sur ceux du dème) comme fils de l'adoptant¹. Au cas d'adoption testamentaire, l'adoptant testait en présence de témoins, mais ce n'était point là un contrôle obligatoire. Il pouvait même y avoir une adoption posthume où d'ailleurs la volonté du *pater* n'intervenait point : lorsqu'un individu mourait sans postérité, son plus proche parent pouvait lui donner un de ses propres enfants comme fils adoptif². L'adopté devient l'héritier légitime de l'adoptant; il sort en revanche de sa famille paternelle et perd les droits qu'il pouvait y posséder; au contraire, il conserve sa situation vis-à-vis de sa famille maternelle (μητρὸς οὐδεὶς ἐστὶν ἐκποίητος) et ses droits restent intacts. D'ailleurs l'adoption peut être partielle, c'est-à-dire qu'on peut adopter quelqu'un et l'instituer héritier pour une quote-part du patrimoine; le rapport de parenté peut toujours être brisé par l'adoptant qui refusa son testament au cas d'adoption testamentaire ou bien émancipera son fils adoptif en abdiquant sa puissance par une ἀποκρήσις; l'adopté pourra même retourner dans sa famille naturelle et y reprendre sa place, à la condition de laisser dans sa famille adoptive au moins un enfant issu de lui³. En Grèce, l'autonomie du *pater* existe donc comme à Rome : le contrôle des phratriarques

1. V. les références et détail de la procédure dans D. S. c. l. rapprocher des formalités indiquées ci-dessus p. 154.

2. Is. de Apoll. her., 31, 44. — Demosth. Adv. Macart., 74, sqq. Adv. Leochar. 45.

3. Cf. Manou, IX, 142.

semble cependant la restreindre beaucoup plus que l'intervention des comices curiates dans l'*arrogatio* des temps historiques, mais au fond il n'y a probablement là qu'un moyen de donner à un acte aussi important la publicité nécessaire et de le mettre ainsi à l'abri de toute contestation. La différence entre l'*adoptio* et l'*οιοθεσις* est surtout marquée dans les effets qu'elles portent l'une et l'autre et s'explique par la moindre concentration de la puissance paternelle en Grèce; il est bien certain que l'adoption grecque produit des effets beaucoup moins complets que l'adoption romaine, mais il est également vrai que la puissance paternelle n'a pas joui dans le droit grec de la même considération et du même respect que dans la loi romaine. Malgré tout, ici encore, l'adoptant peut par un libre jeu de sa volonté se donner un *heres suus* qui relèvera son nom et le perpétuera; cette volonté doit d'ailleurs être respectée si bien que le fils adoptif ne peut lui-même adopter parce que le patrimoine pourrait passer par ce moyen à un individu que l'adoptant n'aurait pas lui-même choisi¹.

A Athènes, un *pater* sans descendance masculine pouvait marier sa fille en spécifiant que l'enfant né de celle-ci serait réputé son propre descendant et hériterait directement de lui²; on appelait cet enfant *θυγατροδούς*; dès sa majorité, il était mis en possession des biens de son grand-père maternel³, or, ainsi que le fait remarquer Fustel de Coulanges⁴, la même coutume était consacrée par les lois de Manou : « Celui qui n'a point d'enfant mâle peut charger sa fille, de la manière suivante, de lui élever un fils [en se disant] : que l'enfant mâle qu'elle mettra au monde devienne le mien et accomplisse en mon honneur la cérémonie funèbre⁵ ». De même, en droit ossète le

1. Démosth., *In Stephan.*, II, 24 seqq., v. *Is. de Cleonym her.*

2. *Is. de Cir. her.*, 1, 15, 16, 21, 24, 25, 27.

3. *Is. de Cir. her.*, 31, de *Arist. her.*, 12; Démosth., *in Steph.*, II, 20.

4. *Cité antique*, p. 83.

5. IX, 127, v. III, 11; IX, 136 et Vasishta, XVII, 16. — Le droit hébraïque semble avoir connu une coutume analogue. Cf. I, *Chron.*, II, 54-56, v. ci-dessus, p. 25 n. 1, v. aussi I *Chron.*, XXIII, 22 et *Num.* XXXVI, 11. — *Esdr.*, II, 61; *Néh.*, VII, 65.

père sans descendant mâle peut — avec le consentement des agnats éloignés — adopter le fils de son gendre qui habite avec lui dans le même feu¹. Les coutumes des Aryas de l'Orient accordent d'ailleurs au *pater*, pour se procurer une postérité, de plus grandes facilités que celles des Aryas méditerranéens : « Quand on n'a pas d'enfants, dit Manou, la progéniture que l'on désire peut être obtenue par l'union de l'épouse, convenablement autorisée, avec un frère ou un autre parent »²; mais il ne faut engendrer ainsi qu'un seul enfant; cependant quelques théologiens éclairés prétendaient qu'on pouvait en créer un second de la même manière³; Manou blâme d'ailleurs cette pratique. — On sent déjà dans ce recueil un affaiblissement marqué de la religion des mânes et un affinement considérable des théories morales. — Chez les Ossètes existé un usage semblable : outre l'union de la femme avec un beau-frère du vivant même du mari, si un *pater* meurt sans descendant, la veuve continuant à vivre dans le feu du défunt aura en dehors du mariage — aussi bien n'y aura-t-il point là un lévirat proprement dit — et du consentement des proches qui l'entourent, des relations avec un individu quelconque : l'enfant qui en naîtra sera l'héritier du père⁴. D'ailleurs, de plus curieuses coutumes existent encore chez ces Slaves et qui n'ont point pour mobile la nécessité de suppléer à une postérité défailante : ainsi l'usage de marier un fils en bas-âge avec une jeune fille adulte qui devient la concubine de son beau-père et met au monde des enfants reconnus pour appartenir à son mari⁵, ainsi encore l'usage pour la veuve de marier son fils mineur à une jeune fille adulte et de vivre en concubinage avec un étranger qu'elle installe chez son fils; les

1. Kovalewsky, *Coutume*, p. 204-205.

2. IX, 59.

3. IX, 60-61, cf. Gùtama, XVIII, 6 et s. — Il faut que le père naturel de l'enfant soit toujours un parent, de préférence un beau-frère. — Apastamba (édit. *S. Books of the East*, t. II, p. 164) exige un parent pour que la cohabitation soit licite.

4. Kovalewsky, *Coutume*, p. 205-206.

5. Kovalewsky, *Coutume*, p. 175 et seqq.

enfants ainsi mis au monde par la veuve sont réputés être ceux du fils¹. Y a-t-il simplement là un moyen, consacré par la coutume, d'assurer un sort convenable aux enfants nés de rapports charnels recherchés par le père ou la mère pour la satisfaction de leurs sens? est-ce là une trace d'un ancien état de promiscuité dont tout souvenir n'aurait pas encore disparu? Il nous est difficile de le décider en l'état des renseignements que nous possédons; mais peut-être aussi ces usages ne sont-ils que la conséquence d'une théorie patriarcale assez solidement assise : en effet, les enfants issus d'une union entre bru et beau-père sont rattachés à celui qui a puissance sur la femme, c'est-à-dire en fait au beau-père lui-même à travers la personne de son fils; de même les fils de la veuve appartiennent à celui qui a puissance sur elle, c'est-à-dire à son fils. Nous ne savons pas si ces enfants seront *heredes sui* de leur prétendu père ou s'ils ne jouiront que de la situation du *Kardassard* et certes il serait intéressant de le déterminer; cependant ils constitueront toujours un élément de richesse et de puissance pour le *pater* auquel ils seront soumis et c'est ce qui fait que celui-ci ne s'en est point désintéressé, qu'il a revendiqué son droit sur eux et que la coutume les lui a attribués.

Ces modes de procréation et d'attribution d'enfants où le *pater* juridiquement reconnu n'intervient nullement, ni physiologiquement, ni intellectuellement, puisqu'en effet, chez les Ossètes, l'enfant auquel sera reconnue la *patria potestas* sera en bas-âge, nous amènent naturellement à l'étude de ces deux modes d'affiliation extraordinaire que sont le lévirat et l'épiclérie.

En droit hébraïque le plus ancien texte où nous trouvons le lévirat présenté comme une institution vivante est le c. XXXVIII de la *Gen.*² Juda a trois fils : Her, Onan et Schéla; il donne pour femme à Her une jeune fille nommée Tamar; Her meurt sans enfants. « Alors Juda dit à Onan : Va vers la

1. Kovalewsky, *Coutume*, p. 185.

2. Ce passage est classé dans le *Yahwiste*, cf. ci-dessus, p. 24, n° 3.

femme de ton frère, prends-la comme *levir*¹ et suscite une postérité à ton frère — Onan, sachant que cette postérité ne serait pas à lui, se souillait à terre lorsqu'il allait vers la femme de son frère, afin de ne pas donner de postérité à son frère² ». Onan meurt à son tour et comme Schéla n'a pas encore atteint l'âge de puberté, Juda dit à Tamar : « Demeure veuve dans la maison de ton père jusqu'à ce que Schéla, mon fils, soit grand »³. Schéla ayant grandi, Juda, qui craignait que l'union avec Tamar ne fût fatale à son dernier fils comme elle l'avait été aux deux autres⁴, ne tint point sa promesse. Tamar se voyant oubliée se déguise, va au-devant de Juda, se fait prendre pour une prostituée, et conçoit des œuvres de son beau-père. Lorsque Juda sait sa belle-fille enceinte, il la condamne à être brûlée, mais lorsqu'il sait qu'il est lui-même l'auteur de la grossesse, il reconnaît que Tamar a été plus juste que lui⁵ et qu'il aurait dû lui donner son fils Schéla pour époux. Cette péripécie nous apprend donc que le *levirat* est obligatoire pour les frères du mort, c'est-à-dire qu'au cas où un homme marié meurt sans enfants, ses frères (il s'agit ici de frères germains) sont tenus d'épouser la femme du mort, de s'unir à elle et de procréer ainsi un fils qui héritera du mort et portera son nom. Her et Onan meurent sans postérité; nous ne pouvons donc déterminer si le *levirat* est imposé à la femme lorsqu'il y a des filles issues du premier mariage. Un peu plus tard une disposition formelle est insérée dans la Loi qui, « lorsque des frères demeurent ensemble et que l'un d'eux meurt sans laisser de fils », oblige la femme du défunt à épouser son beau-frère. « Le premier né qu'elle enfantera relèvera le nom du mort, afin que ce nom ne soit pas effacé d'Israël »⁶.

1. וְיָבֵם אִתָּהּ.

2. Gen. XXXVIII, 8-9.

3. Ibid., v. 11.

4. Il y a ici une pensée assez curieuse que l'on peut retrouver dans Tob., VII, 19; VIII, 11-14.

5. צִדְקָה כְּמוֹנִי.

6. Deut., XXV, 5-10. Cette péripécie est classée par M. Steuernagel parmi les lois des Anciens et faisait partie, d'après cet exégète, de l'*Urdeuteronomium* déjà rédigé sous Manassé vers 697 av. J.-C.

Déjà une restriction à la pratique coutumière semble avoir été opérée ici, puisque le lévirat ne sera obligatoire qu'entre frères habitant ensemble; peut-être même, ainsi que le pense M. Lévy¹, l'aîné des beaux-frères est-il seul tenu à épouser sa belle-sœur, et son refus — qui est rendu possible — dégagera-t-il tous ses frères avec lui; un doute pourrait cependant s'élever d'abord de l'imprécision du texte, ensuite des péricopes évangéliques *Math.* XXII, 25; *Marc.* XII, 19; *Luc.* XX, 28. D'autre part, à nous en rapporter au livre de *Ruth*, le lévirat et la *g'ullah* semblent marcher de pair — les Septante traduisent le mot גִּוּלָּה, *g'ullah*, par *anchistie* et appellent le אֲנִישְׁתֵּי *anchisteus* — en fait le *go'el* est un proche parent auquel la Thora confère la qualité de vengeur du sang, le droit de rachat de l'héritage et même de la personne de son parent vendu par nécessité²; la *g'ullah* devait être exercée par les parents selon leur ordre de parenté; or Booz invitant le *go'el* à exercer son droit sur les terres vendues par Naomi, femme d'Elimélec, le prévient qu'il les acquerra en même temps de Ruth la Moabite, « qui était femme de Machlon, fils défunt de Naomi, pour relever le nom du défunt dans son héritage »³. Ce *go'el* n'était point le frère d'Elimélec, non plus que Booz qui est après lui le parent le plus proche de Naomi; quoique celui-ci parle de « la pièce de terre qui appartenait à leur frère Elimélec »⁴, le mot אֲדָמָה a un sens trop vague pour que nous en tenions un compte exact et que nous y voyions une précision qui ne se trouve pas en deux endroits où l'auteur sacré définit la situation de Booz vis-à-vis de Naomi⁵; d'ailleurs en tout cas le lévir serait ici l'oncle par alliance et non le beau-frère de la veuve qu'il épouse. Ce livre est le seul texte biblique où le lévirat soit imposé à d'autres qu'aux frères du mari défunt; on pourrait harmoniser en disant qu'en principe les

1. *Op. cit.*, p. 198.

2. V. d'ailleurs *Lév.*, XXV, 25 seqq.

3. *Ruth.*, IV; 5.

4. *IV*, 2.

5. *II*, 1 et 20.

frères sont seuls astreints au lévirat et que le *go' el* n'y est obligé que si — à défaut de frère — il exerce la *g' ullah*. Mais, d'autre part, quelle historicité peut-on reconnaître au livre de *Ruth*? Il semble bien que ce *rouleau* ait été rédigé après l'Exil; mais au point de vue juridique mérite-t-il une grande confiance? Il rapporte, d'après ses propres termes, ce qui se passait « *autrefois en Israël* »¹ et si on confronte les détails assez vagues qu'il donne et les prescriptions du *Deut.* XXV, 5-10, on a l'impression qu'il traite ces coutumes « comme des pratiques archaïques inconnues de ses lecteurs »². Au reste, une difficulté considérable nous paraît y être soulevée : comment Naomi peut-elle vendre les terres d'Élimélec qui ne lui appartiennent certainement pas d'après le droit successoral décrit dans les *Num.* XXVII, 8-11?³ Nous ne croyons pas que le livre de *Ruth.* présente une précision juridique suffisante pour faire sur lui un grand fond; aussi pen-sons-nous préférable de nous en tenir au texte même du *Deut.* qui ne parle que des beaux-frères. Mais de la *Genèse* au *Deutéronome* une évolution considérable s'est réalisée : tandis que Onan n'a pu se soustraire à un devoir qui lui était odieux, désormais le lévir pourra refuser de remplir envers son frère défunt un office qui lui serait pénible, qui compromettrait même sa propre postérité⁴ puisque l'enfant qui naîtrait appartiendrait au défunt; certes la loi considère qu'il va manquer à un devoir important, elle consacre un rite injurieux pour lui, mais elle lui permet malgré tout de se soustraire à cette obligation⁵. — Le *Deut.* dit formellement que le lévirat devra trouver sa place dans le cas où l'un des frères meurt « sans laisser de

1. IV, 7.

2. Gautier, *op. cit.*, t. I, p. 150. Nous nous demanderions volontiers si on n'y retrouve pas l'influence hellénique de la législation sur l'épiclérie.

3. ...« Lorsqu'un homme mourra sans avoir de fils, vous ferez passer son héritage à sa fille. S'il n'a point de fille, vous donnerez son héritage à ses frères. S'il n'a point de frère, vous donnerez son héritage aux frères de son père. S'il n'y a point de frère de son père, vous donnerez son héritage au plus proche parent dans sa famille. »

4. Cf. *Rut.*, IV, 6. — *Gen.*, XXXVIII, 9.

5. *Deut.*, XXV, 7-10.

filz », **וְבִן אֵיזֶלֶל** ; mais peu à peu le mot **בֵּן** *filz* a changé de sens et s'est généralisé; ainsi les Septante traduisent le *Deut.* XXV, 5 : *καὶ ἀποθάνῃ εἷς ἐξ αὐτῶν, σπέρμα δὲ μὴ ᾗ αὐτῷ* et la Vulgate : *et unus ex eis absque liberis mortuus fuerit*; les évangiles synoptiques interprètent aussi le *Deut.* dans le sens d'*enfants*¹ et cela s'harmonise assez bien avec les *Num.* XXVII et XXXVIII; ces deux chapitres font — d'après les rationalistes — partie du Cede sacerdotal : soit de l'élément fondamental, soit des éléments secondaires²; ils reconnaissent à la fille une vocation successorale à défaut de frères (ils ne prévoient d'ailleurs pas le cas de lévirat³). C'est là un adoucissement apporté par la pratique à une coutume trop rigoureuse pour un état social où la famille tend à une moindre cohésion, à une fragmentation plus avancée et plus marquée en des foyers plus nombreux⁴. Enfin à la période talmudique les rabbins interdisent le lévirat au cas de trop grande disproportion d'âge, de défauts physiques graves, de maladies incurables⁵; mais en principe le lévirat est encore une institution vivace et développée, puisque le Talmud consacre pour la veuve la nécessité d'attendre pour épouser un autre homme que le lévir ait renoncé à son droit — cela sous peine de trente-neuf coups de fouet et du divorce entre elle et l'époux qu'elle se sera choisi⁶. Il faut noter qu'aucune de nos sources ne parle du paiement d'un *mohar* nouveau à l'occasion du lévirat; à qui le verserait-on en effet, puisque la femme ne sort pas de la famille? aucune cérémonie, aucune fête religieuse ou profane n'est non

1. Cf. les références données plus haut.

2. L'écrit fondamental (le *Grundschrift*) daterait, d'après les rationalistes, des environs de 500 av. le Christ. Les éléments secondaires seraient de date plus basse et auraient pu être ajoutés même après la promulgation de la Loi par Esdras (444), en tout cas avant 350, date approximative du schisme « entre la communauté samaritaine et l'orthodoxie hiérosolymitaine » (v. d'ailleurs Touzard, *Les Juifs au temps de la période persane*, p. 50-53).

3. On ne mentionne point en effet la femme de Šelophchad qui est peut-être morte.

4. On pressent d'ailleurs cette fragmentation dans le *Deut.*, XXV, 5 lui-même, puisque le lévirat ne s'impose qu'aux frères habitant ensemble.

5. *Yebamoth*, 4, 7 b.

6. *Yebamoth*, 92 [L. G. L.]

plus mentionnée et n'était célébrée, semble-t-il : le lévirat n'est pas un second mariage, il n'est en réalité que la continuation du premier.

En droit hindou, nous retrouvons une coutume analogue à l'institution israélite que nous venons d'étudier : « Lorsque le mari d'une jeune fille vient à mourir après les fiançailles, le propre frère du mari doit la prendre pour femme selon la règle suivante : — Après avoir épousé suivant le rite, cette jeune fille [qui doit être] vêtue d'une robe blanche et pure dans ses mœurs, que toujours il s'approche d'elle une fois dans la saison favorable jusqu'à ce qu'elle ait conçu¹. — Celui qui prend sous sa garde les biens d'un frère mort et sa femme, après avoir procréé un enfant pour son frère, doit remettre à ce fils tout le bien qui lui revient². » Ainsi donc chez les Aryas comme chez les Sémites existe un lévirat dont le but est de procurer une descendance à un homme mort trop tôt pour en avoir ; mais dans les lois de Manou la conscience morale plus affinée semble ne le permettre que si le mort n'a pas cohabité avec sa femme : « Si le mari meurt après les fiançailles... » y est-il dit ; certes ce texte soulève quelques difficultés : que sont ici ces fiançailles ? peut-on y voir l'analogue du contrat de mariage israélite signé longtemps avant que les deux époux commencent leur vie commune ? le lévir *épousera la jeune fille suivant le rite* ; il y aura donc célébration du mariage, mais les rapports sexuels entre la jeune femme et lui ne seront légitimes que jusqu'à ce qu'elle ait conçu ; le but étant atteint, toutes relations postérieures seraient criminelles ; l'enfant sera le fils légitime du défunt dont il héritera et dont il continuera la personnalité tout comme s'il avait été engendré par lui. Manou ne voit d'ailleurs cette pratique que d'un œil défiant et cherche à la limiter étroitement³.

Enfin le droit ossétien connaît aussi cette affiliation anor-

1. Manou IX, 69-70.

2. IX, 146.

3. Cf. IX 64-70 et 182.

male : à la mort du mari la femme est obligée d'épouser son beau-frère, même s'il est déjà marié¹ ; il n'y a alors ni cérémonies religieuses ni paiement de l'*irade*, car ce n'est pas là un deuxième mariage. Cette coutume a d'ailleurs été abolie vers 1865.

Quel est donc le motif profond, le besoin psychologique, religieux, politique, économique qui est la cause d'une telle universalité² ?

Mac Lennan et Morgan veulent voir dans cette institution une trace de polyandrie parentale. Fustel de Coulanges y voit une conséquence des croyances religieuses ; pour Westermarck³, l'idée de Mac Lennan est inexacte, le désir de la progéniture est dû à l'instinct de la reproduction, aux croyances religieuses chez les Hébreux et les nations aryennes, à l'utilité économique qu'on en retire chez les Japonais, les Chinois et quelques sauvages. Nous croyons qu'il y a en effet un peu de tout cela dans le lévirat et que la coutume que nous étudions est la résultante de ces diverses causes dont le rapport peut varier d'ailleurs suivant les peuples. Chez les Ossètes la polyandrie fraternelle semble assez marquée et les plus proches parents du mari se reconnaissent, au dire de Kovalevsky, des droits sur la veuve⁴ ; de plus, ajoute le savant sociologue, le lévirat s'accorde avec le principe qui fait considérer la femme comme faisant partie de l'héritage. A la mort du frère aîné, on partage les biens entre les survivants : la veuve est au nombre de ces biens ; elle devient la propriété du plus proche héritier, c'est-à-dire de l'aîné ou, à son refus, de celui qui est alors appelé à recueillir la succession⁵. Dans les lois de Manou le motif du lévirat semble être seulement la nécessité religieuse d'avoir une descendance qui puisse

1. Janovsky, *Recueil des adats ossétiens*, 1856. — Léontovitch, *Les adats des Montagnards du Caucase*, t. I, p. 34 et 51, cités dans Kovalevsky, *Coutume*, p. 181-182.

2. V. *Grande Encyclopédie*, loc. cit., p. 1173, col. 1.

3. *Op. cit.*, p. 3 et 365.

4. *Coutume*, 181-182, Kovalevsky cite Léontowitch, v. ci-dessus n. 1.

5. Kovalevsky, loc. cit., et *Tableau*, p. 10, cf., à ce sujet *Ruth.*, IV, 5 et 10.

offrir le *sraddha*. Enfin en droit hébraïque, il nous paraît aussi que la nécessité de perpétuer la famille ait à sa base une pensée religieuse; nous nous demandons même si, au fond d'une coutume si répandue, n'est pas, obscurément perceptible, cette pensée grandiose qu'un homme ne peut et ne doit pas mourir tout entier, cette tendance remarquable à se perpétuer par quelque moyen¹, une résistance confuse à l'anéantissement absolu, en bref cette affirmation grosse de conséquences que tout homme a en lui une flamme qui ne peut s'éteindre; nous ne sommes pas éloigné de penser que le lévirat, comme d'ailleurs tous les moyens de se procréer une postérité, constitue peut-être l'indice d'un pressentiment diffus des théories sur l'immortalité de l'âme.

La même cause profonde se retrouve peut-être encore dans cette coutume grecque si curieuse et si importante qui est l'épiclérie. L'épiclère, en droit hellénique, est « la fille appelée à hériter de la fortune de son père ou, pour parler plus exactement, à la transmettre aux enfants nés ou à naître de son mariage qui doivent continuer la race et le culte domestique de leuraïeul² ». Le père sans héritier mâle peut instituer un héritier par testament et lui donner sa fille en mariage, mais cet héritier est toujours choisi parmi les proches parents, sans quoi le testament pourrait être cassé; le testament ne sera d'ailleurs valable que si le mariage a lieu. Si le père meurt sans descendance masculine et intestat, les plus proches parents mâles collatéraux — en observant l'ordre successoral — pourront revendiquer l'épiclère en justice; les parents ne sont pas obligés à cette revendication — le refus du plus proche ouvre le droit de celui qui vient après lui. Cette *ἐπιδικασία* aura lieu même si l'épiclère est déjà mariée à la mort du père avec un individu qui n'est pas son plus proche parent — et la procédure appliquée sera celle de la revendication d'hé-

1. Cf. II, *Sam.*, XVIII, 18 : « De son vivant, Absalom s'était fait ériger un monument dans la vallée du roi, car il disait : je n'ai point de fils par qui le souvenir de mon nom puisse être conservé. Et il donna son propre nom au monument. »

2. Ch. Lécivain, v^o Epikleros, dans D. S.

ritage. L'épiclère pourra être obligée de quitter son mari et d'épouser celui qui l'a revendiquée. L'épiclère a alors son mari pour *κύριος* jusqu'à la majorité de ses enfants; d'après un fragment d'Hypéride¹, les enfants prennent à ce moment l'administration de la fortune de leur grand-père et la tutelle de leur mère; mais d'après Démosthène et Isée² ils ne prennent que la fortune sur laquelle ils doivent des aliments à leur mère, sauf évidemment si le mari est le fils adoptif du défunt. « Le fils de l'épiclère, le *θυγατριδούς*, passe pour être le fils de son grand-père qui peut même demander par testament qu'on le lui donne comme fils adoptif posthume³ ». A Sparte, l'épiclère est appelée *πατρούχος*. La loi d'Épitélée permet au père de la marier même à un étranger et même sans l'héritage; s'il meurt intestat, ou même en désignant un héritier, celui-ci pourra la marier selon son gré, à condition de de la doter⁴. Enfin en Sicile au vi^e siècle avant Jésus-Christ « dans la législation de Charondas, l'épiclère est aussi adjugée au plus proche parent; il doit ou l'épouser ou lui donner une dot de cinq cents drachmes et même, d'après Charondas, à partir d'une certaine époque, il perd cette liberté de choix et doit l'épouser⁵ ».

1. Harpocr. s. v., ἐπιδιδετὲς ἡβῆσαι.

2. Dém. 46, 20. Is., 8, 31 fr. 90 (Suidas s. v., τέως).

3. Lécivain, *loc. cit.*; pour les détails et les précisions complémentaires, voir cet auteur.

4. Arist., *Pol.*, II, 6, 11. Plut. *Ag.*, 5, 2.

5. Lécivain, *loc. cit.*; on trouvera aussi dans l'art. cité d'intéressants détails sur la loi de Gortyne.

DEUXIÈME PARTIE

L'admission de l'enfant dans la famille n'est plus décidée par le libre jeu de la Volonté Paternelle.

§ 1. — Au début du II^e siècle de l'Empire apparaissent, à Rome, deux Sénatusconsultes qui vont remanier les questions de filiation, empêcher le père de *suscipere filium* à son gré et lui imposer l'enfant parfois malgré lui. Ces deux Sénatusconsultes font la matière du titre III, livre XXV au Digeste ; il en est encore fait mention çà et là dans le Digeste ainsi que dans les *Sententiæ ad filium* (II, XXIV, 5-10) ; mais Paul ne nous donne que des renseignements succincts et un peu vagues ; le Digeste est la source la plus abondante que nous puissions utiliser ; malheureusement, il présente de nombreuses obscurités et des contradictions qu'il faudra éclairer ; mais nous avons ici pour nous guider l'étude remarquable publiée par M. Declaureuil dans les *Mélanges P. F. Girard*, en 1912¹ ; elle nous évitera bien des recherches infructueuses, et nous la mettrons fréquemment à contribution.

Le S. C. Plancien, qui semble avoir été rendu sous le règne de Trajan², règle le sort de l'enfant né après le divorce de ses père et mère. « Permittit igitur : Mulieri, parentive in cujus potestate est, vel cui mandatum ab eis est, si putet prægnan-

1. T. I, p. 336 et s.

2. En tout cas avant Hadrien cf. D. h. t. 3, § 1.

tem, denuntiari intra dies triginta post divortium connume-
randos ipsi marito, vel parenti in cujus potestate est, aut
domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat, hoc
tantum : esse ex eo prœgnantem... sufficit enim mulieri hoc
notum facere quod sit prœgnas¹. » Le mari verra alors une
alternative s'ouvrir devant lui : ou envoyer des gardes qui sur-
veillent l'accouchement et empêchent une supposition ou une
substitution de part, ou répondre à la dénonciation de la
femme que celle-ci n'est pas grosse de ses œuvres, « quod non
sit ex se prœgnas »². Si le mari n'a pas envoyé de *custodes*
ventris ou n'a pas fait la *contra-denuntiatio*, « cogatur maritus
partum agnoscere, et si non agnoverit, extra ordinem coerce-
tur. » « Julianus scripsit quod SCto comprehensum est : Si
mulier viro denuntiaverit... et is cui denuntiaturum erit, custo-
des... non miserit neque contestato dixerit eam ex se prœgan-
tem non esse, ut ei id quod editum sit, agnoscere sit necesse... »
Dans le cas contraire — bien évidemment le mari qui croira
n'être pas le père de l'enfant n'enverra point de gardes et fera
une *contra-denuntiatio* — dans le cas contraire, disons-nous,
le mari gardera, vis-à-vis de l'enfant, la possibilité de ne pas
le reconnaître ; « quod si factum fuerit, non alias necesse
habet agnoscere nisi vere filius fuerit »³. Si la femme « a
qua denuntiatio incipit »⁴ ne procède pas comme l'indique le
S. C., ne fait aucune déclaration au mari ou refuse les *custodes*
ventris envoyés par celui-ci, « liberum est marito parentive
ejus partum non agnoscere » — « ut liceat patri non agnos-
cere », dit le S. C.⁵.

Peu après, un autre Sénatusconsulte, rendu sous Hadrien⁶,
étendit la procédure du Plancien à l'enfant né pendant le

1. D. h. t. l. 1 § 1. Le § 7 dit : « Si mulier... intra XXX dies non denuntiave-
rit, postea denuntians, causa cognita audiri debebit. » V. le § 9.

2. D. h. l. § 3.

3. D. h. l. § 4. v. aussi § 6 ; Paul *Sent.* II, XXIV, 5.

4. D. h. l. § 5.

5. D. h. l. §§ 6 et 13.

6. Il semble antérieur à la codification de l'Edit. Cf. Girard NRH 1910, p. 1. et
s. *Journal des Savants* 1911. p. 16 et s. cité par Declareuil *loc. cit.* p. 356, n. 7.

mariage : « quia Plancianum SCtum ad eos partus pertinet qui post divortium eduntur, aliud SCtum temporibus D. Hadriani factum est ut, etiam si constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur »¹. A vrai dire, Ulpien ne nous renseigne pas autrement sur la procédure adoptée par le nouveau Sénatusconsulte, mais elle ne semble pas différer de celle du Plancien, car, à plusieurs reprises, les deux documents sont étroitement assimilés dans la pensée du commentateur ; ainsi Ulpien dit : « quid ergo si interrogata dixerit se prægnantem ? Ordo SCtis expositus sequetur »², et un peu plus loin : « ...quamvis in SCtis de liberis agnoscendis triginta dies constituentur mulieri »³. — Les deux *SCta* s'appliqueront lorsque l'enfant naîtra sous la puissance du mari, ou celle d'un aïeul, si le mari est déjà mort⁴ ; mais, s'il ne reste plus d'ascendants en la puissance de qui il puisse tomber, les *SCta* seront écartés et la question sera tranchée entre l'enfant et les prétendants à la succession qui lui dénieront sa qualité de légitime, par l'*hereditatis petitio* et l'Édit carbonien⁵.

A côté des deux Sénatusconsultes, il faut mentionner le rescrit de Marc-Aurèle et Lucius Verus qui fait l'objet du titre IV du D., *eod. lib.* Dans le cas où le mari soupçonne sa femme divorcée d'être enceinte et craint une suppression de part, il peut demander au préteur de la faire comparaître et de l'interroger ; si elle avoue sa grossesse, on applique le S. C. Plancien⁶ ; sinon, le préteur désigne trois sages-femmes pour l'examiner⁷ ; si d'eux d'entre elles la déclarent enceinte, elle devra recevoir des *custodes ventris* ; si au contraire la grossesse n'est

1. D. h. t. l. 3 § 1.

2. D. 25, 4, 1, 4.

3. D. h. l. § 9. V. aussi le § 1. Le délai de 30 jours doit, pour le *SCtum temporibus Hadriani factum*, partir de la naissance de l'enfant. Pour M. Declareuil, loc. cit. p. 539, il n'y aurait pas ici de *denuntiata pœna* en cas de silence du mari « ni de *coercitio*, mais un simple *agere de libero agnoscendo* ». (Ulp. l. 1 § 3 et l. 3 § 1 D. h. t.) cet *agere* serait probablement une *cognitio*.

4. D. 25, 3, 1. 3 § 2.

5. D. h. l. § 5-6.

6. D. h. t. l. 1 § 4.

7. D. h. t. l. 1 § 5-7.

pas reconnue, aucun *custos* ne sera nommé évidemment, et, peut-être, la femme aura-t-elle parfois contre le mari une *actio injuriarum*¹.

La procédure des deux Sénatusconsultes et du rescrit de Marc-Aurèle semble avoir été inspirée par la procédure imaginée par le préteur *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* qui a été codifiée dans l'Édit perpétuel; cette procédure n'avait pour objet que d'assurer, au cas de mort du mari et de grossesse de la femme, les héritiers éventuels contre une supposition de part; la sanction en était le refus à l'enfant de la *honorum possessio* à laquelle il pouvait avoir droit; cette pénalité a d'ailleurs été adoucie : « quod autem Prætor ait causa cognita se possessionem non daturum vel actiones denegaturum, eo pertinet ut si per rusticitatem aliquid fuerit omisum... non obsit partui². »

De ce que nous venons d'exposer et des textes que nous avons cités, on doit conclure que le statut de l'enfant dépend, dans une certaine mesure, de la procédure du Plancien, et que la légitimité se trouvera ou non établie suivant que, la mère ayant fait la dénonciation requise, le mari aura gardé le silence — ou bien que, la mère ayant toujours dénoncé sa grossesse, le mari aura, par sa protestation qu'il n'en est pas l'auteur, gardé la possibilité de désavouer l'enfant. Le Sénat, ainsi que le fait remarquer M. Declareuil, a employé le mot *agnoscere* avec le sens qu'on lui a toujours donné et que « nous donnons à son correspondant français ». C'est en ce sens qu'il est pris par Julien et par Ulpien dans la l. 6, D. I. 6 : « ...eum qui ...nolit filium agnoscere, quasi non suum ». C'est le sens qu'il a dans la l. 1 § 16, *in fine* D. 25, 5³, dans les termes « præjudicium de partu agnoscendo », dans la rubrique même du titre 5 au D. : « De *agnoscendis* vel *alendis* liberis ». Il faut noter, continue M. Declareuil, que le mot *alere* ne figure point

1. D. h. t. l. 1 § 8. V. Paul *Sent.* II, XXIV, 7-9. D'après Paul on nommait cinq *obstetrices*. Il y a peut-être là une erreur venant d'une confusion avec l'Édit dont nous allons parler.

2. V. D. 25, 4 *de insp. ventre*.

3. ... *in ea causa esse ut agnosci debeat*.

dans l'exposé fait par Ulpien de la procédure du S. C. Plancien, l. 1, §§ 1-6, D. 25, 5. D'autre part, Paul, *Sent.*, II, XXIV, 6, marque nettement, justement parce qu'il cherche à l'écarter, que la question de filiation a été ici en jeu : « Si pręgnantem se esse mulier non denuntiaverit, vel custodes ventris missos non admiserit, liberum est patri vel avo natum non alere. Ceterum negligentia matris, *quominus suus patri heres sit*, obesse non debet ». Enfin il convient de rapprocher des Sénatusconsultes le rescrit de Marc-Aurèle et Verus ; bien évidemment, il n'est question ici que de la paternité, du lien de filiation ; il ne s'agit nullement d'imposer, à qui que ce soit, une obligation alimentaire à laquelle, suivant la juste observation de M. Declareuil, personne ne songe à se dérober.

Mais dès le temps même où les Sénatusconsultes furent mis en vigueur, on n'accorda point à la procédure qu'ils déterminaient le pouvoir de fixer automatiquement et sans retour le statut de l'enfant. Julien commence par reconnaître que le mari pourra désavouer l'enfant, malgré la disposition formelle du Plancien, dans le cas d'une absence prolongée de sa part rendant évidemment la procréation impossible : ... « si fingamus abfuisse maritum, v. g. per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium¹. » « Idem Julianus scribit : Si uxore denuntiante se pręgnantem, maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici : cogendum tamen alere. Cæterum esse satis injuriosum ait, si quis longo tempore afuerit et reversum uxorem pręgnantem invenerit et id circo rejecerit, si quid ex his quę SCta continentur omiserit suum heredem ei nasci² ». Le même Julien va d'ailleurs plus loin encore et déclare en principe que : « quod SCto comprehensum est : Si mulier viro denuntiaverit... et is... custodes non miserit neque contestato dixerit eam ex se pręgnantem non esse, ut ei quod editum sit, agnoscere sit

1. Ulp. D. 1, 6, 6.

2. Ulp. D. 25, 3, 1, 14.

necesse — non eo pertinet ut si quis agnoscere se filium diceret¹, suum heredem haberet, quamvis ex alio conceptus sit : quandoque enim (inquit) cœpit causa agi, grande præjudicium adfert pro filio confessio patris² ». Ainsi donc la procédure plancienne ne déterminerait aucun statut définitif imposé à l'enfant ; elle créerait simplement à l'encontre du mari une présomption de paternité qu'il pourrait combattre sans trop de difficulté. C'est ainsi d'ailleurs que semble le comprendre un peu plus tard Cervidius Scævola, qui permet le désaveu pour toute cause valable, même pour impuissance : « Sed mihi videtur, dit Ulpien, quod et Scævola probat, si constet maritum aliquādiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse³ ». Ainsi donc que le mari se soit ou non soumis aux formalités du Plancien, il pourra toujours désavouer l'enfant. D'autre part, Julien décide que, si l'enfant naît dans les trente jours du divorce, le Plancien ne sera pas applicable.... « Sed hanc non facere præjudicium partui arbitror⁴ » ; l'enfant aura, pour faire reconnaître sa légitimité, le *præjudicium* proposé par l'Edit et pour sa pension alimentaire la *cognitio* devant les consuls⁵. Julien déclare enfin que l'omission par la mère de la dénonciation prescrite, ou même le refus de recevoir les gardes, ne préjudiciera point à l'enfant et n'aura d'effet que pour l'obligation alimentaire⁶. Antonin le Pieux décide que même pour les aliments le non-accomplissement des formalités prescrites ne nuira point à l'enfant : ... « sive uxor omiserit quæ eam ex SCto observare oportuit, nihil præjudicare filio, si filius est non tantum in jure sui, verum ne alimentis quidem, secundum D. Pii res-

1. « Id est dicere videtur — fait remarquer D. Godefroy — eo ipso quod id non negat aut denuntiat uxorem esse ex eo prægnantem ».

2. D. h. l. 12.

3. D. 1, 6, 6.

4. D. 25, 3, 1, 10.

5. Le passage cité par Ulpien est postérieur à la rédaction de l'Edit. Cf. Girard *op. cit.* N. R. H. v. Ulp. l. 5, pr. D. h. l.

6. D. h. t. l. 1, 8 et 15.

criptum¹ ». Le travail des commentateurs s'acharne encore contre les Sénatusconsultes; ne pouvait-on raisonnablement soutenir que, si le mari envoyait des *custodes ventris*, il avouait en quelque sorte être l'auteur de la grossesse et reconnaissait l'enfant à naître pour *suus* — la question d'identité étant, bien entendu, réservée? — Marcellus dénie même au Plancien cet effet détourné : ...« si maritus uxore denuntiante custodes miserit, nullum præjudicium sibi faciat. Licebit igitur ei partum editum ex se negare; nec ei nocebit quod ventrem custodierit. Et ita Marcellus lib. 7. Digestorum scripsit; ait enim : sive quis neget uxorem, sive ex se prægnantem, sine præjudicio recte mittet custodes: maxime si missurus idipsum protestetur² ». Enfin Marc-Aurèle dans un rescrit décrète que « si vel parens neget filium, id circoque alere se non debere contendat... et si pronuntiaverint (judices) ali oportere, attamen eam rem præjudicium non facere veritati; nec enim hoc pronuntiatur *filium esse*, sed *ali debere*. Et ita D. Marcus rescripsit³ ». Ainsi ont été complètement dissociées les questions de légitimité et d'obligation alimentaire que la procédure des *SCta* avait originairement pour but de trancher simultanément.

Mais ces formalités auxquelles le sort de l'enfant était soumis avaient quelque chose de choquant dans leur automatisme rigide; l'enfant, qui n'avait nullement participé à cet échange de dénonciations et de contre-dénonciations, en subissait cependant les effets et trouvait en certains cas son statut personnel fixé, en des hypothèses parfois délicates, par un concours fortuit de circonstances; d'autre part, il parut singulier que le père pût se trouver contraint, par un oubli de procédure, à « endosser toute conception de l'*uxor* ». De là chez les jurisconsultes une tendance à atténuer les effets trop rigoureux des Sénatusconsultes et même à écarter ceux-ci des questions de légitimité, tendance qui a fini par triompher.

1. D. h. 1. 15.

2. D. h. 1. 11.

3. D. h. t. 5, 9.

Les *SCta* ne serviront désormais qu'à déterminer à qui incombe la dette alimentaire; mais il est bien spécifié que la décision sur ce point ne saurait préjuger à la filiation¹ : l'obligation alimentaire pouvait d'ailleurs être imposée par le juge sur la base de simples présomptions et ne préjudiciait jamais la question d'Etat². Les Sénatusconsultes auront surtout un intérêt pratique pour la mère qui pourra ainsi réclamer du mari les frais de nourriture de l'enfant, le *remedium alimentorum* dont parle le C. VIII, XLVII de *Patria potestate*, 9 : « Inpp. Diocletian. et Maximian. Augusti et Cæsares Nicenagoræ : Nec filium negare cuiquam esse liberum Senatusconsulta de partu agnoscendo ac denuntiata pœna³, item, præjudicium Edicto perpetuo propositum et remedium alimentorum apud præsidem majori trimo petenti, nomine ejus monstratum, jure manifesto declarant. »

En effet, l'interprétation donnée par les prudents aux Sénatusconsultes n'avait nullement rendu au père le droit de *suscipere filium*; celui-ci ne fixe plus souverainement le sort de l'enfant de sa femme et, s'il ne veut point le reconnaître comme *suus*, ou si l'enfant ne veut point le reconnaître pour père, la question de légitimité sera résolue par le *præjudicium* proposé dans l'édit du préteur. Ce moyen de droit nous est présenté par les compilateurs du Digeste comme n'étant autre chose que l'*agere ex SCTis de partu agnoscendo* et ne se distinguant point de la procédure des Sénatusconsultes; le Digeste dit indifféremment en effet *præjudicio de partu agnoscendo* ou *ex SCTis agere*⁴. Or il existait certainement en droit classique une différence appréciable entre ces deux procédures⁵. Les Sénatusconsultes se suffisent à eux-mêmes et ne sont point complétés par le *præjudicium*; toute contestation

1. V. Ulp. D. h. t. 5 §§ 8, 9, 18.

2. Ulp. D. 1. 6, 40. « Si judex nutrirî vel ali oportere pronuntiaverit, dicendum est de veritate quærendum, filius sit an non : neque enim alimentorum causa veritati facit præjudicium ».

3. Il s'agit ici de la sanction édictée par le Placien contre le mari ne faisant pas la *contra-denuntiatio*. — D'après Cujas. Il faut lire *denuntiati*.

4. D. 25, 3, 3, 2-3.

5. V. sur tout ceci Karlowa *R. R. G.* II, p. 1106-1108.

s'élevant dans leur sphère d'action est en effet dénouée *extra ordinem*, sauf cependant, peut-être, le recours au *præjudicium* en cas de *contra-denuntiatio* du mari¹; au reste le *præjudicium* est un moyen de droit prétorien, ainsi que le dit Justinien lui-même², et rien ne permet de soutenir qu'il a été organisé par le préteur à l'instigation du Sénat afin d'amener à exécution les deux Sénatusconsultes; aussi bien l'*ordo judiciorum* ne permet-il pas semblable hypothèse. Enfin le Code — au passage que nous venons de rapporter — distingue très nettement le *præjudicium* des Sénatusconsultes et le donne comme existant indépendamment de ceux-ci. Que le *præjudicium* et les procédures instituées par le Sénat ne constituent pas une seule et même voie de droit, nous en avons la preuve dans les applications diverses qui devaient en être faites; les Sénatusconsultes ne visent que les cas où l'existence du mariage est certaine et incontestée et ne s'appliquent point si l'enfant naît pendant le délai imparti pour la dénonciation; si on discute en effet la qualité d'épouse que prend la femme, Julien dit formellement que le *præjudicium* sera ouvert³; il le décide encore implicitement dans la deuxième hypothèse⁴. D'autre part, il semble certain que le *præjudicium* et la procédure des Sénatusconsultes ont chacun des utilités différentes. La femme pourra agir *ex SCtis* pendant sa grossesse; elle pourra agir *extra ordinem* en dehors du *verum actus*; au contraire au moyen du *præjudicium*. Enfin nous venons de montrer, croyons-nous, comment les Sénatusconsultes ont été peu à peu — assez rapidement d'ailleurs — dépouillés de l'autorité qu'on leur avait attribuée et comment, faits pour fixer le statut personnel des jeunes Romains, ils avaient finalement été relégués dans la sphère inférieure de l'obligation alimentaire; leur rôle fut le plus souvent joué à leur place par le

1. Cujas *ad Tit. VI Instit. de act. ad § præjudiciales* 15. « Quod si maritus ea (quæ Scto continentur) non prætermiserit, non nisi præjudicio partum agnoscere cogetur ».

2. *Inst.* IV, VI, 15.

3. D. h. t. I, 3, § 4 : « ... locum esse præjudicio ».

4. D. h. t. I, § 10. v. *supra* p. 185, n. 4.

præjudicium plus vaste, plus large puisqu'il englobe par son *intentio* si souple la diversité des questions d'état, et surtout moins rigide et moins dur, puisqu'il ne lie pas rigoureusement à l'accomplissement d'une procédure formaliste la détermination du *status personæ*. Peut-être d'ailleurs voyait-on de temps à autre la *cognitio extra ordinem* des Sénatusconsultes être appliquée à la question d'état, sans que le magistrat se soit borné pour trancher la question à constater si la procédure plancienne avait été exécutée; cette procédure n'a plus, après l'interprétation des prudents et dès la fin du ^{II}e siècle, aucune utilité bien précise, mais la *cognitio extraordinaria* restait ouverte, si les formalités planciennes avaient reçu un commencement d'exécution, et le magistrat jugeait en toute liberté d'esprit selon ce qui lui apparaissait vrai: c'est ainsi évidemment — la procédure plancienne survivant malgré tout¹, mais dépourvue de tout effet automatique — que le *præjudicium*, sauf les différences déjà indiquées, pouvait avoir l'air de faire avec elle double emploi.

Aussi, la distinction des phases *in jure* et *in judicio* ayant été supprimée dès le début de la Tétrarchie, les compilateurs du Digeste furent-ils tentés par désir de simplification de ramener le *præjudicium* et l'*agere ex SCTis* à un seul moyen de droit; pour cela ils ne supprimèrent ni l'une ni l'autre désignation, ils les amalgamèrent au contraire et donnèrent naissance à cet être hybride qui remplit le D. XXV, III de confusion: le *præjudicium de partu agnoscendo*. Ce *præjudicium*, ils l'introduisirent dans les textes où il ne figurait pas: nous en avons une trace évidente en ce passage: « ... et certe probandum est cum avo præjudicium de partu agnoscendo similiter agendum² ». Le solécisme que constitue le mot *præjudicium* décele un remaniement indiscutable dans le texte d'Ulpien qui ne visait ici que la procédure des Sénatusconsultes. C'est par une erreur et une confusion analogues que le compilateur des *Institutes* a pu attribuer à ce nouveau

1. Cf. Ulpien D. h. t. 3, 2-5.

2. D. h. t. 3, 2.

præjudicium une *ex ipsius prætoris jurisdictione substantia* qui n'appartenait certainement qu'au *præjudicium Edicto perpetuo propositum* et non pas à cette création composite, à ce mélange de droit prétorien et légitime.

Quel était donc à la période classique ce *præjudicium*? et comment fonctionnait-il? Nous avons déjà dit qu'il était de création prétorienne puisque seul, d'après Justinien, le *præjudicium de libertate* est de création légitime; « *cætera ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt* ¹. » Existait-il avant Julien? Quelques commentateurs n'ont voulu y voir qu'une action proposée par le préteur afin de mettre à exécution les Sénatusconsultes; cela ne nous paraît pas possible, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, les Sénatusconsultes se suffisant à eux-mêmes; cependant au cas où le mari répondrait à la *denuntiatio* de la femme en niant que l'enfant fût de ses œuvres, le *præjudicium* trouverait ici sa place pour trancher définitivement le débat, mais à la vérité il semble que la procédure plancienne soit complète et qu'il y ait lieu encore à une *cognitio extra ordinem*. Tous les textes mentionnant au Digeste les *præjudicia* d'état sont d'Ulpien; en quelques passages celui-ci dit rapporter des extraits de Julien ²; nous ne trouvons rien qui remonte au delà du II^e siècle. « Nous pouvons donc supposer que les Romains ne dégagèrent la question abstraite d'état des autres questions d'intérêt immédiat et matériel qu'à la fin de l'époque classique ³. » Le *præjudicium an filius sit* serait donc pour nous une création de Julien. Quant à la teneur même de la formule, les diverses questions que l'on rencontre au D. XXV, III *de agn. et al. lib.*, 1 § 16 et 5 § 2-4⁴, ne seraient-elles pas autant d'aspects possibles, de rédactions diverses, de *intentio*? Pour M. Lenel ⁵ « darf man das nicht so verstehen, als ob in den verschiedenen Fällen die intentio des Præjudiciums

1. *Inst.* IV, VI, 15.

2. D. 25, 3, 4-5.

3. H. Pissard *op. cit.*, p. 213.

4. « An ex eo prægnas fuerit — an ex filio ejus susceptus sit — utrum in matrimonio an postea editus sit — an uxor fuerit ».

5. *Edictum perpetuum* Leipzig 1883, p. 248, § 417.

verschieden gelautet hätte : besondere Präjudicien über jene Specialfragen wären ja ganz sinn — und zwecklos, ja zum Teil, wegen der Grundsätze über die Rechtskraft praktisch höchst bedenklich gewesen » et il semble qu'en tous cas l'*intentio* restait la même : elle était vraisemblablement ainsi conçue : « an As As in ea causa sit, ut a No No agnosci debeat ». M. Lenel se fonde, pour soutenir cette reconstitution, sur le § 16, l. 1, D. h. t. : « ... et pronuntiaverit¹... in ea causa esse ut agnosci debeat. » Mais pourquoi ainsi et non pas comme le disent de nombreux romanistes, *an filius sit*? « Einfach deshalb, weil der Iudex wirklich nicht über die precäre Frage der Vaterschaft, sondern nur darüber zu Gericht sitzt, ob Kläger anerkannt werden müsse² ». Nous avouons ne pas partager cet avis sans réserves : Ulpien parle en effet, très brièvement d'ailleurs, des moyens de droit par lesquels le père peut réclamer son enfant : « Petuntur, dit-il, aut præjudiciis³... » Nous remarquerons d'abord que dans une action analogue l'*intentio* sera difficilement rédigée comme l'indique M. Lenel; certes un père peut demander à être *reconnu* par son enfant; il n'en reste pas moins qu'en latin comme en français, le mot *agnoscere* étant l'équivalent du mot *reconnaître*, la formule présentera un aspect bizarre et d'une correction douteuse; d'autre part Ulpien emploie au pluriel le mot « præjudicia » — ce qu'il n'aurait pas fait si l'*intentio*, étant générale, avait été unique; il n'aurait vu dans ce cas qu'une seule action. Ainsi, croyons-nous, le *præjudicium*, par lequel le père réclame l'enfant, ne peut rentrer dans la théorie de M. Lenel; il est vrai qu'il ne saurait non plus se ranger sous l'étiquette adoptée par les compilateurs de Justinien *de partu agnoscendo*; mais il est permis de remarquer que, dans l'esprit des commissaires impériaux, ce *præjudicium* n'a pour but que la *reconnaissance* de paternité puisqu'il a été fondu avec la procédure plancienne; au contraire, le romaniste allemand

1. Ici une interpolation.

2. *Ibid.* n. 5.

3. D. 6. 1, 1, 2.

semble lui accorder un caractère de généralité très marquée ; au reste la dénomination imposée au *præjudicium* par Tribonien et ses collègues nous paraît assez inadéquante à l'institution qu'elle désigne : ainsi le *præjudicium* s'appliquera au cas où *an uxor fuerit disceptetur* ; ainsi de même — d'après les compilateurs — au cas où l'on discutera *utrum in matrimonium an postea editus sit* ; le titre de *partu agnoscendo* paraît donc singulièrement vague ; c'est le résultat d'une généralisation hâtive ; ne peut-on prétendre ranger sous cette appellation le *præjudicium* même par lequel le père réclamera son fils — justement à cause de ce désir de simplification et d'unification dans les actions que nous constatons ici chez les compilateurs ? D'autre part, si les *præjudicia* dont parle Ulpien ne peuvent être classés au même rang que le *præjudicium an... agnosci debeat* de M. Lenel, où les mettre dans l'Edit ? C'est, à n'en pas douter — d'après les *Institutes* de Justinien — un moyen de droit prétorien ; en quelle partie de l'*Album* le préteur le proposait-il, sinon avec ce qui fut plus tard le *præjudicium de partu agnoscendo* ? mais alors comment lui appliquer la formule *an... agnosci debeat* ? Ainsi donc ne pourrait-on mieux soutenir qu'il n'y avait pas d'*intentio* générale et fixe et que le préteur la rédigeait suivant les espèces ? Ce fut seulement lors de la confection du Digeste que les commissaires, pris d'un désir — d'ailleurs souvent remarqué — d'unification, lui décernèrent l'appellation générale *de partu agnoscendo* ; cette dénomination a été trouvée plus facilement qu'une autre, puisqu'en fait elle est juste dans la majorité des cas où le *præjudicium* est appliqué — qui sont surtout des recherches de paternité ; elle n'a d'ailleurs plus très grande importance quant à la marche de l'action, puisque la procédure formulaire n'existe plus depuis déjà longtemps.

Qui, aux temps classiques, devait répondre à la question posée par la formule ? Peut-être les récupérateurs étaient-ils chargés de cet office : outre qu'ils jugent en effet les affaires

requérant célérité¹, et que les procès sur le *status* sont de celles-là, ils connaissent des causes où l'on recherche si le demandeur avait le droit d'appeler le défendeur en justice, à raison de la qualité même et des rapports réciproques des parties²; ils sont aussi compétents sur les procès de liberté³; dans toutes ces affaires la question d'état devait facilement être soulevée.

Sous l'Empire, « les questions d'état autres que les questions de liberté peuvent être tranchées incidemment à toute autre affaire même par un juge ordinairement incompétent en matière d'état⁴. » Il n'y a d'ailleurs là qu'un règlement provisoire; l'affaire pourra être reprise au fond et l'état défini à part. Cependant la loi 2 C. *de ord. jud.* 2,8 « ordonne d'instruire un procès de filiation avant une action *familiæ eriscundæ*. Sans doute Caracalla estimait que le juge du fait d'une action en partage n'avait pas qualité pour trancher une question d'état »⁵.

Supposons donc la question posée et le *præjudicium* engagé: le juge se trouvera-t-il lié dans sa sentence par une présomption légale quelconque ou par l'administration de telle ou telle preuve? Le droit romain ne connaît — en dehors des Sénatusconsultes dont nous avons parlé — rien de semblable.

Si la contestation s'élève entre l'enfant de la femme et le mari de celle-ci, le droit classique — après l'interprétation des prudents que nous avons retracée — permet au prétendu père de nier sa paternité et de désavouer l'enfant, s'il est prouvé que la cohabitation a été impossible. C'est le sens qui se dégage nettement du texte d'Ulpien D. I, VI, 6 cité plus haut⁶: l'absence prolongée, l'impuissance ou toute autre cause

1. Cic. *pro Tullio* 2.

2. Gaius IV, 46, vise le cas de l'affranchi.

3. 1. 38 D. 42. 1. *Oratio* de Claude sur l'âge des récupérateurs. Suét. *Vespas.* 51. V. d'ailleurs Cujas *loc. cit.* V. Pernice « L'Ordo judiciorum et l'extraordinaria cognitio ». *Archivio giuridico*, 36. 1889, p. 153.

4. Pissard *op. cit.* p. 228. M. Pissard s'appuie sur la l. 1 C. *de ord. jud.* 3, 8.

5. *Ibid.* n. 1.

6. P. 185, n. 3.

pourront servir de base à la dénégation du père ; cette « *alia causa* » doit cependant établir de manière à peu près sûre l'impossibilité des relations entre la femme et son mari : un adultère prouvé ne saurait suffire à faire rejeter la recherche de la paternité « *cum possit et illa (mater) adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse* »¹. Le mari pourra peut-être d'ailleurs *agere præjudicio* malgré son propre aveu².

D'autres que le mari pourront contester l'état de l'enfant ou défendre à une réclamation faite par lui, toute preuve sera bonne pour établir ou attaquer la prétendue filiation ; outre qu'il n'y a pas d'action en désaveu proprement dite et réservée au mari, outre que les tiers pourront ainsi contester la légitimité de la conception elle-même, suspecter la fidélité de la femme, il faut observer que les modes de preuve du *status personæ*, bien que vaguement indiqués par la loi, n'ont jamais été bien définis ni hiérarchisés entre eux. La possession d'état constitue déjà une preuve de légitimité : « *Si vicinis, vel aliis scientibus, uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est; quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad filiam pertinentes factæ sunt non ideo minus veritas matrimonii, aut susceptæ filiæ, suam habet potestatem* »³. La possession d'état — nous en trouvons ici les éléments : *nomen* et *tractatus* d'homme et femme mariés, de fille légitime : *uxor liberorum quærendorum causa, filia — fama : si vicinis scientibus* — la possession d'état supplée donc aux autres modes de preuve du mariage et de la filiation maternelle ou même paternelle ; mais les Romains durent éprouver de bonne heure la nécessité de fixer le statut personnel au moyen d'instruments écrits : outre la *professio censualis* dont nous avons déjà parlé⁴, l'usage s'établit de rédiger au *dies lustricus* un acte devant témoins constatant la naissance,

1. Papinien D. 48, 5 *ad. leg. Jul. 11*, 9.

2. C. VI, XXIII, 5 : « Neque professio... nuncupatum filios qui non sunt, veritatis præjudicat ». Cf. D. 25, 3, 1, 8 et 15.

3. C. V, IV *de Nuptiis*, 9. Ce rescrit est de l'empereur Probus.

4. Cf. *supra* p. 154, n° 3.

ce sont ces *professiones natales* ou ces *tabulæ ad filiam pertinentes* dont parle le rescrit de Probus que nous venons de citer et que l'on retrouve au Digeste dans un fragment de Modestin : « *Ætas autem probatur aut ex nativitatis scriptura aut aliis demonstrationibus legitimis*¹ ». Il semble d'ailleurs que les lois Julia et Papia Poppæa rendaient nécessaires la confection de pareils actes — peut-être même leur inscription sur des registres publics. — Apulée, dans son *Apologie*, nous indique l'usage répandu de rédiger ces *tabulæ natales* en deux exemplaires dont l'un était conservé au *tabularium publicum*, et l'autre était délivré aux intéressés ; des garanties étaient prises contre l'altération du texte par les moyens employés généralement dans les expéditions de diplômes remis aux particuliers². Or l'*Apologie* fut prononcée sous Antonin le Pieux entre 147 et 150. Pudentilla est alors âgée de cinquante-cinq ans³ ; l'usage commun de ces *professiones natales* remonte donc ainsi à Domitien, peut-être plus haut encore. En Égypte, sous Antonin, fonctionne un enregistrement des naissances analogue au système attribué à Marc-Aurèle par l'Histoire Auguste. M. Seymour de Ricci a publié en effet le texte d'une copie dressée en deux exemplaires le 5 novembre 148 de la déclaration de naissance d'un enfant du sexe féminin né le 20 août, inscrit le 14 septembre à la requête de son père sur l'*album liberorum natorum*⁴. Ainsi la déclaration est faite dans le mois de la naissance par le père de l'enfant. M. S. de Ricci fait remarquer que rien n'indique que le père fût le mari de mère, mais que cela était nécessaire pour que l'enfant de deux citoyens romains (comme le paraissent le père et la mère d'après leurs noms) fût rattaché juridiquement à son

1. D. 27, 1, 2, 4. v. Marquardt, *Vie privée*, I, p. 103.

2. « *Pater ejus (Pudentillæ) natam sibi filiam more cæterorum professus est. Tabulæ ejus partim tabulario publico partim domo adservantur... Porrigit Aemiliano tabulas istas, lignum consideret; signa quæ impressa sunt, recognoscat, consulens legat* » (*Apol.*, c. 89).

3. « *Annos computet, quos sexaginta mulieri adsignabat, probet quinque et quinquaginta* » (Apulée, *Apol.*, *ibid.*).

4. V. S. de Ricci et Girard dans NRH, 1906, p. 483-486 ; 494-498. V. aussi Girard, *Textes*, p. 911-912.

père. Si ce lien civil n'eût pas existé, continue M. de Ricci, la déclaration du père naturel aurait pu être reçue — si tant est qu'elle puisse émaner d'une personne quelconque — mais le fonctionnaire chargé de tenir la *tabula liberorum* n'aurait pas accepté d'y faire figurer une filiation que la loi veut ignorer. D'ailleurs, l'inscription du nouveau-né sur l'*Album* semble avoir été faite sans examen ni contrôle — *citra causarum cognitionem*. Enfin, d'après Julius Capitolinus, Marc-Aurèle « liberales causas ita munivit ut primus juberet apud praefectos aerarii Saturni unumquemque civium natos sibi liberos profiteri intra XXXum diem nomine imposito ; per provincias tabulariorum publicorum usum instituit apud quos idem de originibus fieret quod Romæ apud praefectos aerarii, ut si forte aliquis in provincia natus causam liberalem diceret, testationes inde ferret atque banc totam legem de assertionibus firmavit »¹. Nous avons déjà vu qu'avant Marc-Aurèle les déclarations de naissance avaient lieu couramment ; l'innovation de l'empereur — que signale Capitolinus — n'a dû probablement porter que sur l'obligation légale qui en fut désormais imposée à tout l'Empire². Le délai de trente jours imparti aux père et mère pour faire inscrire l'enfant partira du *dies lustricus*, c'est-à-dire du huitième ou neuvième jour de la naissance³.

Mais ces *professiones* et celles que les parents pouvaient faire aussi postérieurement⁴ avaient-elles une force probante particulière et devait-on, pour fixer l'état d'un individu, s'en tenir à elles, sans contrôle ? Non, répondent les textes assez nombreux que nous pouvons consulter : on peut faire rec-

1. *Vita Marci*, 9.

2. Cf. l'acte latin de la fin du II^e siècle signalé par M. Girard, *Textes*, loc. cit., et dans lequel « on n'aperçoit la trace d'aucun changement entraîné par la constitution de Marc-Aurèle ».

3. Cf. *supra*, p. 133. La *Vita Gordiani* signale une *professio* de ce genre *more romano* (3 in fine). Les *acta populi diurna* (Suét., *Caes.* 20) n'ont pas de valeur juridique (Marquardt, loc. cit.).

4. V. D. 22, 3, 29, § 1. « Mulier... in actis professa est » ; d'après Marquardt, *Vie privée*, I, p. 404, n° 1, les mots « apud acta profiteri » s'appliquent à toute déclaration judiciaire dont il est dressé procès-verbal.

tifier une *professio* mensongère; Cervidius Scaevola admet que la *professio in actis* de la mère répudiée, déclarant son fils *spurius* en un moment de colère, ne s'opposera pas à ce que *veritati locum supersit*¹. L'état d'un enfant ne sera pas déterminé *ementita professione*, décident Dioclétien et Maximin²; « neque professio neque adseveratio nuncupantium filios qui non sunt, veritati praejudicat », disent Valérien et Gallien³. S'il y a des *diversæ professiones* — ce qui devait se produire de temps à autre sous ce régime — Celse rapporte un rescrit impérial affirmant que *causa cognita veritatem excuti oportet* et qu'il faut s'en tenir au document qui *in ea re credibilius videtur*⁴. Enfin, ces *professiones* ne sont pas absolument nécessaires pour fixer un *status personæ* : le rescrit de Probus déjà cité⁵ montre qu'on peut y suppléer par la possession d'état. Dioclétien affirme plus tard : « statum tuum, natali professione perdita, mutilatum non esse certi juris est⁶ » ; c'est un principe de droit indiscuté qui se retrouve encore sous la plume du grand Empereur : « Nec omissa professio probationem generis excludit, nec falsa simulatio veritatem minuit »⁷. Ainsi donc on peut prouver qu'on a droit à un état contraire à celui qu'indique la *professio*, de même qu'on peut suppléer à l'absence de ce document. Nous voyons d'ailleurs que la preuve testimoniale est admise dans ces questions d'état : Ulpien au Digeste⁸, visant le cas où l'application de l'édit Carbonien risque de nuire à l'enfant, rapporte un rescrit d'Hadrien, ordonnant le jugement du procès incontinent; or, voici une des hypothèses qu'il présente à ce sujet : « Finges esse testes quosdam, qui, dilata controversia, aut mutabunt consilium, aut decedent, aut propter temporis intervallum non eamden fidem habebunt.

1. D. 22, 5, 29, § 1.

2. C. 4, 19, 14.

3. C. 6, 25, 5.

4. D. 22, 5, 15.

5. P. 194, n° 5.

6. C. 4, 21, 6.

7. C. 7, 16, 15.

8. 37, 10, 3, 5.

Vel finge esse anum obstetricem, vel ancillas, quæ veritatem pro partu possunt insinuare. » Cependant, en principe, Marcellus posuit au livre 3 de ses *Digesta* : « Census et monumenta publica potiora testibus esse Senatus censuit¹. » La l. 1 au C. de *Testibus*, IV, XX, reconstituée par Cujas d'après les *Basiliques*, dit en règle générale : « Contra testimonium scriptum, non scriptum testimonium non fertur. » Ainsi donc en cas de conflit entre une *professio* et les affirmations de prétendus témoins, l'autorité du document écrit primera les enquêtes et les déclarations orales; mais nous serions porté à interpréter la loi de Cujas à la lumière d'un passage de Paul; celui-ci dit, en effet : « Testes cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt². » Or, ici, c'est justement de *fide tabularum* que la contention s'élèvera : nous croyons donc que presque toujours les témoins pourront être entendus à l'encontre des *tabulæ natales*; c'est ce qui ressort avec évidence de l'ensemble des lois du Digeste ou du Code que nous avons citées ou rapportées plus haut. En tout cas, la preuve testimoniale sera reçue au moins en l'absence de *professio*.

Déjà Antonin-le-Pieux demandait qu'en matière de filiation, les déclarations des témoins fussent accompagnées et comme renforcées de preuves matérielles, de la correspondance des époux, par exemple³; ces adminicules, lettres, etc., constituent en quelque sorte un commencement de preuve par écrit : ils peuvent autoriser à recevoir des témoignages oraux, mais, par eux-mêmes, ils ne sauraient suffire à établir le fait contesté : « Instrumenta domestica, seu privata testatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem

1. D. 22, 3, 10. Cic. *Pro Archia*, 4 n'est point en contradiction avec ce texte, car la discussion ne porte point sur la valeur intrinsèque des registres du cens d'Héraclée qui ont été détruits.

2. *Sent.* V, XV, 4.

3. D. 22, 3, 29 pr. : « ... Probationes, quæ de filiis dantur, non in sola affirmatione testium consistunt, sed et epistolas, quæ uxoribus missæ allegarentur, si de fide earum consistit, nonnullam vicem instrumentorum obtinere decretum est ». v. C. IV, XX, 2.

sola non sufficiunt¹. » Peu de temps après, en 285, les empereurs Carus, Carinus et Numerianus décident de façon générale que « sola testatione probatam, nec aliis legitimis adnuculis causam adprobatam, nullius esse momenti certum est². » Ne conviendrait-il même pas de voir dans les *instrumenta domestica* dont parle l'empereur Philippe et la *privata testatio*, les *professiones* elles-mêmes qui pouvaient être constituées par un procès-verbal constatant les déclarations de divers témoins et rédigé à titre privé à une occasion quelconque³? Nous le croirions volontiers et nous penserions retrouver une disposition analogue dans une constitution de Dioclétien de 299 décidant que la filiation légitime ne s'établit pas seulement *nudis adserverationibus*, mais que ces *professiones* doivent être corroborées en quelque sorte par la preuve du mariage⁴. Le même Dioclétien, en 294, demandait, en matière de *venia ætatis*, que l'âge fût déterminé « ex instrumentorum probatione non per testium dispositiones⁵. » En 521, Constantin permet aux femmes à qui la *venia ætatis* est accordée « annos tantum probari... testibus quinque vel instrumentis⁶ ». Il avait déjà proclamé en principe l'équivalence des actes écrits et de la preuve testimoniale dans une constitution de 517 : « In exercendis litibus, eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium⁷. »

En fait le régime des preuves en droit romain ne semble pas avoir été jamais très clairement organisé. Au Bas-Empire, Zénon⁸ décide que pour établir la filiation cinq témoins seront nécessaires s'il n'y a pas d'instrument écrit; dans le cas contraire trois témoins suffisent ou même l'écrit suffira s'il

1. C. 4, 19, 5. La constitution est de 246.

2. C. 4, 20, 4.

3. Cf. *supra*, p. 196, n° 4. Marquardt, *l. c.*, adopte ce point de vue.

4. C. 4, 19, 4.

5. C. 2, 43, 3.

6. C. 2, 45, 2, § 1.

7. C. 4, 21, 15.

8. Voir la constitution rétablie par Cujas, d'après les *Basiliques*. C. 4, 20, 15.

est un *instrumentum publicum*¹. Enfin Justinien déclare que les enfants nés de deux personnes libres et pouvant s'unir par un juste mariage devront être tenus pour légitimes lorsque le père, en un acte public ou privé et devant trois témoins, les reconnaît pour siens, sans aucune restriction. Cette déclaration constituera la preuve apodictique de la filiation; elle aura même pour effet de faire de l'union d'où sont issus les enfants un *matrimonium justum*, si cela n'était pas encore; elle constituera donc en outre une preuve du mariage².

A côté du *præjudicium* dont nous venons de parler et à propos duquel nous avons analysé les preuves qui pouvaient être administrées en matière de filiation, se trouvaient encore d'autres voies de droit destinées à trancher semblables questions. Les interdits *de lib. exh. et duc.* étaient encore connus du droit classique et sont passés dans les recueils de Justinien ainsi que la *vindicatio filii*³. Mais dans ces deux procédures, l'*actor* ne pouvait être que le père, et le *reus* un tiers et non le fils lui-même, nous l'avons déjà fait remarquer: un moyen fut présenté qui permit de trancher directement les contentions entre fils et père et qui différait du *præjudicium*. C'était la *cognitio prætoris* que mentionne Ulpien⁴ dans son livre 46 *ad edictum* et sur laquelle il revient plus explicitement au livre 71⁵: « Hoc autem interdictum (de lib. exhib.) competit non adversus ipsum filium... Ceterum cessat interdictum et succedere poterit notio Praetoris ut apud eum disceptetur utrum quis in potestate sit an non sit. » Paul dit aussi: « Si filius in potestate patris se esse neget, Praetor cognoscit »⁶. C'est donc bien en cas de négation directe par le fils du lien de puissance que cette *cognitio* pouvait avoir lieu; elle pou-

1. V. *Synopsis Basil.* 21, 1 c. 56.

2. Nov. 117, c. 2. Cette déclaration faite au sujet d'un seul enfant aura effet à l'égard de tous les frères et sœurs germains qu'il pourra avoir.

3. Cf. *supra*, p. 135-137. Pomponius et Ulpien admettent encore une *vindicatio* faite *adjecta causa*, c'est-à-dire *ex lege Quiritium*; mais la chose devait être fort rare. D. 6, 1, 1, § 2.

4. D. *Ibid.*

5. D. 43, 50, 3, § 3.

6. D. 22, 3, 8.

vait d'ailleurs s'appliquer aussi aux procès entre le père et un tiers¹. D'après M. Pernice, ce serait le préteur *de liberalibus causis*² et non le préteur urbain qui aurait eu à en connaître; or, ce préteur spécial n'est apparu qu'au début du III^e siècle³; la *cognitio* serait donc peut-être de création tardive. En tout cas elle n'a pas paru avant le développement de la justice administrative au III^e siècle⁴.

Qu'il nous soit permis avant d'abandonner cette étude de procédure d'examiner brièvement le problème de l'autorité attachée à un jugement en matière de filiation. La chose jugée n'a en principe d'autorité absolue qu'à l'égard des parties en cause; elle n'est pas opposable aux tiers; cependant, dit-on, une exception à cette règle se rencontre justement dans les questions d'état. La sentence du juge sera opposable à tous lorsqu'elle sera rendue dans un procès où le père sera engagé; cela ressort nettement des lois 1 § 16, — 2 et 3 § 1 au D. 25, 5. — Mais si le père n'a pas été partie au procès, si la décision a été rendue entre le prétendu fils et un frère ou même un étranger, que va-t-il se passer? les textes manquent, sur ce point, d'une netteté suffisante; cependant Callistrate au livre 4 de *Cognitionibus* indique une solution: « Cum non justo contradictore quis ingenuus pronuntiatus est, perinde inefficax est decretum atque si nulla iudicata res intervenisset; idque principalibus constitutionibus cavetur »⁵. Cette théorie du légitime contradicteur peut être appliquée du cas d'ingénuité, plus vaste, au cas de filiation, plus restreint; elle semble d'ailleurs intervenir dans toutes les questions d'état: ainsi en matière de libertinité: « Si ingenuum te ex testamento manumissum

1. D. 6, 1, 1, § 2.

2. « Così potrebbe spiegarsi la decisione di Alessandro (C. 3 de jud., 3, 1), che attribuisce i processi di stato a un altro giudice che a quello che decide sul mio e sul tuo ». (Pernice, *l. c.*, p. 153, n° 4).

3. Au temps de Septime-Sévère. « La sua istituzione si collega piuttosto a quella dei registri dello stato civile; che M. Aurelio introdusse appunto per riguardo alla prova della libertà » (Pernice, p. 152, n° 8).

4. « E non sarebbe facile a dirsi perchè il pretore, con tutti i mezzi giuridici di cui potea servirsi, dovesse ricorrere alla cognizione » (Pernice, p. 154).

5. D. 40, 16, 3.

esse dicas, apud suos iudices causam agere debes, si tamen justum contradictorem habes, id est eum qui se patronum tuum esse dicit¹ » et : « Si libertus alius alio agente ingenuus pronuntiatus esse dicetur, sine ulla exceptione temporis, patronus ejus cognitionem solet exercere »². Mais quel est ce légitime contradictoire ? les textes ne sont rien moins que précis sur ce personnage, lorsqu'ils en parlent ; il ne paraît pas que les prudents se soient jamais préoccupés de le déterminer. Aussi serions-nous tenté bien plutôt d'admettre la théorie de M. Pissard³ et de croire que « le principal avantage du *præjudicium* est de constituer un résultat acquis pour la solution de tous les procès où la question préjudicielle sera soulevée » ; en effet « ... nous voyons que les sentences préjudicielles font foi entre les parties et à l'égard des tiers pour tous les litiges qui n'ont pas pour objet principal l'objet même du *præjudicium* : qualité d'affranchi, de fils, etc. — La sentence du *præjudicium de partu agnoscendo* n'empêche pas un autre individu de se déclarer le père en intentant le *præjudicium an filius sit*, mais elle est valable à l'égard des tiers qui ne prétendent pas à la qualité de père, en particulier vis-à-vis des frères de l'intéressé. (D. 25, 3, 1, § 16 ; 2 ; 5) ». Il n'y a d'ailleurs là qu'une application particulière d'un principe dégagé par M. Pissard lui-même⁴ : « La *pronunciatio* devait être reconnue pour vraie dans tous les procès où la question tranchée par elle ne constituait pas l'objet direct du litige, à l'encontre de toutes les personnes qui ne reprenaient pas pour leur propre compte l'instance principale sur laquelle le juge avait prononcé. » « Ainsi dans tous les litiges engagés sur une action réelle... la *pronunciatio* positive du juge possède une valeur absolue tant qu'elle n'est pas anéantie par une *pronunciatio* rendue sur la même action⁵ ». Si une deuxième sentence est rendue en

1. C. 7, 14, 1.

2. Marcellus au D. 40, 14, 1. — D. Godefroy interprète « alio agente » par « non justo contradictore ».

3. *Op. cit.*, p. 222-225.

4. P. 138.

5. P. 138, n° 5.

opposition formelle avec la première, celle-ci est abolie entièrement¹.

Signalons pour terminer qu'en droit classique on a admis que l'état d'une personne décédée ne pourrait être contesté par voie principale, si bien même que sa mort survenue *pendente lite* arrête le procès et fixe définitivement le défunt dans l'état qu'il possédait à ses derniers moments²; cependant s'il s'agit de faire reconnaître au défunt un état préférable à celui qu'il avait, Marc-Aurèle décide que le procès pourra toujours être introduit³. Par voie incidente, ainsi si la question d'état n'est agitée qu'au sujet d'intérêts pécuniaires, par exemple de pétition d'hérédité, il sera possible de faire préjudice à l'état du défunt pendant cinq ans après sa mort⁴, à condition d'ailleurs que cet état ne soit pas rendu pire que l'ancien⁵. Le délai écoulé, le demandeur se verra opposer la *prescriptio quinquennii* créée, d'après Callistrate, par Nerva et qui a un caractère général et peut même être invoquée contre le fisc⁶.

L'Edit Carbonien d'autre part accordait à l'héritier impubère, dont on contestait la filiation, une *bonorum possessio* provisoire des biens héréditaires; jusqu'à l'époque de la puberté toutes les actions qui pourraient préjudicier à l'impubère seront refusées par le prêteur, ainsi les procès d'état ou les pétitions d'hérédité intentées contre l'impubère, « mais aussi les procès d'état ou les pétitions d'hérédité intentées entre d'autres personnes⁷. »

§ 2. — Les actions dont nous venons de parler sont applicables à toutes les questions d'état⁸; non seulement ces voies de droit peuvent être suivies par les fils légitimes, mais encore

1. V. p. 224, n° 5.

2. D. 40, 15, 1, § 2 et 3. — C. 7, 16, 15 : « Principaliter de statu defuncti agi non potest ».

3. D. h. t. l. 1, § 4 et l. 5.

4. D. h. t. 4. — C. 7, 21, 3-4.

5. D. h. t. 1, § 4; 4, § 1.

6. C. h. t. 7. — D. h. t. 1 pr.

7. D. 37, 10 de *Carb edicto*. V. Pissard, *op. cit.*, p. 189-191.

8. Nous ne visons ici, bien entendu, ni les interdits, ni la *vindicatio filii*.

les fils naturels peuvent les employer pour faire reconnaître leur filiation, et, à la basse époque, ils y auront un réel intérêt, au moins ceux nés *ex concubinato*; le droit chrétien en effet, tout en voyant dans le concubinat une union réprouvée, va faire de lui une union légitime en quelque mesure et lui permettre de porter des effets civils, chose que le droit classique n'avait jamais toléré, ainsi que nous croyons l'avoir montré¹.

Rien n'a été changé d'ailleurs à ce que l'on pourrait appeler les conditions de formation du concubinat; l'union ne présente pas de ce point de vue un caractère plus régulier, plus légitime que sous le droit classique; cependant une constitution de Constantin interdit d'avoir en même temps une femme légitime et une concubine²; plus tard Justinien défend d'avoir plusieurs concubines à la fois³. La sanction de ces prohibitions sera dans la privation pour les enfants et la concubine de tous les droits que la loi pouvait leur reconnaître⁴. Quant aux effets que le concubinat produira, la situation n'est guère modifiée par rapport aux concubins, si ce n'est un certain droit de succession accordé à la femme et que nous retrouverons tout à l'heure. En revanche de considérables modifications ont été introduites dans la législation à l'égard des enfants; pour saper une institution néfaste, et cependant pour assurer aux enfants qui n'en sont point responsables une situation convenable, un double système de déchéances et de faveurs fut institué. Une distinction s'opéra nettement dans le droit nouveau entre les enfants adultérins ou incestueux, — les *liberi naturales*, termes qui vont acquérir désormais le sens propre que nous attachons aujourd'hui aux mots « enfants naturels » et qui désigneront spécialement les *filii ex concubinato*, — et les *spurii* dont la qualité est assez bien, quoique brutalement, déterminée par leur autre appellation de *vulgo quæsitii*.

1. *Supra*, p. 156 et seqq.

2. C. 5, 26, loi unique.

3. C. 7, 15, 3. V. aussi *supra*, p. 158, n° 7.

4. Nov., 18, c. 5. — Nov., 89, c. 12.

Une constitution d'Honorius et Arcadius de 596 enlève aux enfants *ex damnato coïtu* toute vocation à la succession de leur père ou de leur mère¹. Justinien va plus loin encore et leur dénie le droit de réclamer des aliments à leurs auteurs : « Omnis qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus² ». C'est donc le lien même de *cognatio* avec la mère qui disparaît ici.

Pour les *vulgo quæsitæ* et les *filii ex concubinato* la solution n'est point aussi simple. Vis-à-vis de la mère, aux termes d'une constitution de Justinien qui est au Code³, s'il s'agit d'une *mulier illustris*, le *spurius* ne pourra en aucune manière, *neque ex instrumento neque ab intestata neque ex liberalitate inter vivos habita*, venir à la succession maternelle en concours avec les *justi liberi*. Au contraire, les *filii ex concubinato*⁴ nés de cette femme et d'un homme libre pourront certainement *cum legitimis liberis*⁵ *ad materna venire bona* ; d'où il suit que si la *mulier illustris* n'a pas de descendance légitime ou s'il s'agit d'une femme de classe inférieure, le Sénatusconsulte Orfitien jouera normalement ; son effet n'est que partiellement limité et seuls quelques *spurii* sont frappés d'une incapacité de recevoir simplement relative.

Il semble que dans leurs rapports avec le père les enfants naturels aient été d'abord plutôt maltraités. Plusieurs constitutions paraissent avoir été rendues par Constantin les frappant d'une incapacité de recevoir de leur père aucune libéralité soit entre vifs, soit testamentaire⁶. Mais en 571 les empereurs Valens, Valentinien et Gratien permettent au père de leur laisser quelque bien par une disposition expresse de

1. C. 5, 5 *de inc. nuptiis*, 6.

2. Nov., 89, c. 15. Cpr avec le C. civ., art. 335 et 762.

3. 6, 57, *ad sectum Orf.*, 5.

4. Le concubinat est ici qualifié de *licita consuetudo*.

5. Nés d'un précédent mariage ou d'une union postérieure au concubinat.

6. V. les ll. 4 et 5 C. th. *de nat lib.*, 4, 6, mais les lois 1 et 2 manquent. Ces constitutions datent de 536. V. aussi la Nov., 89, c., 15, pr., *in fine* et la l. 1, C. J. 5, 27.

volonté; s'il existe une postérité légitime ou bien si le *de cuius* avait encore à sa mort ses propres père ou mère, il n'aura pu léguer à sa descendance naturelle plus d'une *uncia*, d'un douzième de sa fortune et, si la concubine est seule et sans enfants et qu'il n'y ait pas de femme légitime, la quotité disponible sera réduite à une *semiuncia*, un vingt-quatrième. Si au contraire, le *de cuius* ne laisse ni *sui heredes*, ni père ou mère, il peut disposer en faveur de sa famille naturelle de trois onces, d'un quart de ses biens¹. Une constitution d'Honorius et Arcadius confirme ces dispositions en 403; il y est décidé notamment que, la femme légitime ou un descendant légitime existant encore, le père ne pourra laisser *naturalibus filiis seu filiabus eorumque genitrici* plus d'une *uncia hereditatis*². En 529, Justinien *humanitatis intuitu* élève la quotité disponible, *nulla legitima sobole vel matre subsistente*, à six onces, soit à la moitié de la fortune³; cette disposition se retrouve encore dans la Nov. 18 c. 5 qui date de 557; mais, dans la treizième année de son règne, Justinien décide qu'en l'absence d'enfants légitimes, le père pourra faire à ses fils naturels toutes les libéralités qu'il pourrait faire à un étranger : « Testatori licentia sit etiam in duodecim uncias scribere filios naturales heredes »⁴. En revanche, si le père a une postérité légitime, la législation de Valentinien, Valens et Gratien reste en vigueur : la quotité disponible est restreinte au douzième ou au vingt-quatrième de la succession⁵. En cas de mort du père intestat ou sans qu'il ait fait de son vivant des libéralités à sa famille naturelle, celle-ci, si elle se trouve en présence de descendants ou d'une épouse légitime, n'a aucun droit à la succession; mais les enfants naturels ont droit à des aliments⁶. Enfin, et c'est ici l'innovation capitale de Justinien,

1. C. th. h. t., 4 et 6. V. Nov., 89, c. 12, pr.

2. C. J., 5, 27, 2.

3. C. 5, 27, 8.

4. Nov., 89, c. 12, § 3. L'ascendant légitimaire garde toujours son droit à la légitime.

5. Nov., 89, c. 12, § 2.

6. Nov., 89, c. 12, § 6.

s'il n'y a pas d'enfants ni de femme légitime, les enfants naturels *ex concubinato* ont une vocation héréditaire à deux onces de la succession; et cela quel que soit leur nombre; leur mère partagera avec eux et prendra une part virile; si, d'ailleurs, il n'y avait pas de descendants naturels, la concubine n'aurait droit à rien¹. Ainsi donc une vocation successorale propre a fini par être reconnue aux enfants issus du concubinat; c'est là un essai timide, dirigé surtout par la pensée de ne pas laisser des enfants, irresponsables de la faute de leur père, dans une situation précaire et par trop inégale à celle dont a pu jouir celui-ci; mais c'est la consécration formelle d'un droit leur appartenant en propre vis-à-vis de leur auteur, c'est leur soustraction à l'action libre, à la bonne volonté de ce dernier. Il est essentiel de marquer nettement que seuls les *fili ex concubinato* sont visés ici; tant la Nov. 18 que la Nov. 89 insistent vivement sur ce point : « Sit autem ei donec vixerit, libera mulier in schemate concubinæ sociata et filii ex ea (tamen enim solummodo hoc sancimus, ubi omnino indubitatus est et concubinæ in domo affectus et filiorum ibidem proles)². » Certes cette législation eût été difficilement appliquée aux *spurii* qui par hypothèse n'ont pas de père connu; cependant un *culgo quæsitus* peut avoir un père certain en quelques cas; les empereurs chrétiens ont tenu à ce que l'union qu'ils consacraient ainsi légalement, ou du moins à qui ils reconnaissaient des effets civils, présentât un caractère de stabilité, de continuité qui lui assurât, non la respectabilité, mais un moindre mépris, un verdict de blâme mitigé de circonstances atténuantes³; c'est ce facteur moral qui a entraîné les

1. Nov. 18, c. 5. Nov. 89, c. 12, §§ 4 et 6. Sur la condition de l'enfant naturel par rapport à son grand-père. V. la constitution de Justinien, C. 5, 5, 12. V. *Accarias*, *op. cit.*, II, p. 47, n° 4. Dans tous les cas envisagés, le surplus de la succession sera déferé aux parents légitimes en rang utile, ou au fisc. V. Nov. 39, c. 12 pr.

2. Nov. 89, c. 12. § 4. v. Nov. 18, c. 5.

3. V. Nov. 89, c. 12. § 5 : « Si vero... alias superinduxit priori concubinas et multitudinem habuerit mulierum fornicantium... et ex eis filios habens moriatur... procul autem hac lege modis omnibus eam talibus filiis et concubinis excludatur ». — V. Nov. 18, c. 5.

déchéances dont est frappé le *spurius* vis-à-vis de sa mère et que le droit classique ne connaissait pas ; ce sont ces considérations qui expliquent toutes ces hésitations, ces essais, ces retours en arrière qui sont l'histoire de la légitimation de Constantin à Justinien¹ ; ce sont elles qui, renforcées de motifs fiscaux, motiveront les deux Novelles 74 et 89 qui vont fixer les possibilités et les modes de légitimation. Nous n'insisterons pas sur ce point qui est suffisamment connu ; désormais le concubinat est sur la voie de la réglementation, la loi ne l'ignore plus et si Léon-le-Philosophe l'assimile à un *stuprum*², il conserve cependant aux enfants les droits que Justinien leur a reconnus.

Il est curieux de constater l'harmonie de la double évolution qui s'est produite dans le régime de la filiation légitime et de la filiation naturelle ; maintenant il ne dépend plus de la volonté paternelle arbitraire et autonome de reconnaître ou de rejeter le fils de la femme. L'interprétation jurisprudentielle a bien pu déformer les Sénatusconsultes du n^e siècle et en arrêter l'action, mais ce principe avait été posé que le père ne pourrait *arbitratu suo* rejeter un fils né de sa femme légitime ; au fond la présomption de paternité avait été obscurément formulée, elle est postulée par tout ce que nous savons des procédures planciennes et du *præjudicium* ; sans aucun doute elle n'a pas un caractère inexpugnable, elle peut être attaquée et renversée tant par le père lui-même que contre lui et malgré lui, mais elle marque l'obligation désormais imposée au père de subvenir aux besoins de ses enfants, elle dénote une transformation complète dans le concept de la puissance paternelle.

Ce sont des motifs analogues qui ont agi, plus tardivement, il est vrai, à l'égard des enfants naturels : le père est autorisé

1. V. en particulier les constitutions d'Anastase (508) et de Justin (519) (C. 5, 27, 6 et 7).

2. Nov. 94. — *Basiliques*, XXVIII, n° 217.

à subvenir à leurs dépenses ; lorsqu'il le fera, il n'agira point sous la pression d'une règle de droit, mais parce qu'il aura la conviction que les enfants sont de ses œuvres et qu'il les aimera ; cependant, pour les *fili ex concubinato*, Justinien admettra une vocation héréditaire propre, reconnaissant ainsi le principe que dans une union de quelque stabilité les enfants sont réputés avoir été conçus par la femme des œuvres de son compagnon ; il n'y a là, du point de vue de la causalité efficiente, que la consécration du *plerumque fit* ; du point de vue de la finalité, il y a, comme pour la paternité légitime, l'affirmation que le père a des devoirs envers ceux qu'il a mis au monde, que la procréation seule ouvre des droits au profit de l'enfant procréé. Que cette évolution ait été favorisée par une évolution sociale et économique, cela n'est que trop certain ; le relâchement des mœurs qui se produisit après la seconde guerre punique ne fit que croître pour aboutir, aux premiers siècles de l'Empire, à cette désorganisation familiale profonde qui se peint dans le Sénatusconsulte *tempore Hadriani factum* ; les répudiations et les divorces fréquents avaient rendu le mariage provisoire et transitoire et l'on en arriva à une procédure que l'on retrouvera deux millénaires plus tard dans une législation qui assimile l'union libre au mariage : celle de la République Russe Socialiste Fédérative des Soviets'. L'état économique avait considérablement changé : le peuple de Rome ne travaillait plus la terre, il réclamait du pain et des jeux et il devait lui être difficile d'élever dans ces conditions

1. V. le *Premier code des lois de la République russe socialiste fédérative des Soviets*. Édition du Commissariat populaire de la Justice, Pétrograd, 1919, §§ 140-141. La déclaration prévue par ces paragraphes ne s'applique, à la vérité, qu'à la filiation naturelle ; au cas d'enfant né d'un mariage, il semble — car les textes ne sont pas clairs — que la présomption tirée du mariage peut suffire, et surtout la mention du père sur les registres de l'état civil (§ 154), mais le § 49 prévoit formellement la déclaration du § 140 en matière de mariage légitime ; il convient au surplus de retenir que la famille naturelle est assimilée à la famille légitime (§ 153), que les articles 140-145 s'appliquent généralement aux cas où l'enfant n'est pas reconnu par le père (§ 159), qu'enfin la femme mariée peut employer la procédure des articles 140-141 « lorsque l'enfant conçu n'a pas pour père le mari enregistré » (§ 140, Remarque). Le mariage civil n'existe d'ailleurs qu'à titre transitoire pour faire pièce au mariage religieux (Cf., p. 7).

des enfants qui lui coûtaient et ne lui rapportaient pas¹; il ne les abandonnait que trop facilement et ces enfants retombaient à la charge de l'Etat et du service de l'annone; c'est un peu pour dégrever les finances publiques de ces lourdes charges que l'on commença au II^e siècle à reconnaître l'existence entre parents de l'obligation alimentaire et que l'on prit des mesures — en particulier les Sénatusconsultes Plancien et du temps d'Hadrien — pour déterminer cette obligation et la faire respecter².

Ainsi donc, lorsque le pouvoir public eut acquis une autorité incontestée et s'étendant sans cesse à de nouveaux domaines, lorsque d'autre part le peuple romain fut numériquement plus considérable, que, les guerres proprement nationales ayant disparu, le taux général de la mortalité s'abaissa³, que, la famille n'étant plus obligée de compter exclusivement sur le travail de ses membres pour vivre, un terrain propice s'offrit aux théories que devait prôner plus tard le néo-malthusianisme, que les lois caducues, voulant remédier à ces maux, ne firent qu'aggraver la décadence morale en incitant aux mariages fictifs, si nous osons dire, à ce moment se dégagait la présomption de paternité : le mari de la mère qui, selon les plus fortes probabilités, est le père de l'enfant, dut accepter celui-ci pour héritier, le nourrir et l'élever. D'autre part, les esprits avaient avancé et les idées s'étaient développées; le christianisme avait proclamé cette obligation de l'assistance et saint Paul avait écrit : οὐ γὰρ ὀφείλει τὰ τέκνα τοῖς γονεῦσιν

1. A mesure que la vie sociale devient plus compliquée, à mesure que l'éducation professionnelle devient nécessaire, les enfants coûtent à leurs parents au lieu de leur rapporter, d'après Westermarck, *op. cit.*, 366.

2. « ...il s'agit tout d'abord de maintenir apparents des rapports de filiation qui, sans ces précautions, se fussent effacés, laissant du même coup s'évanouir l'obligation alimentaire. » (Declareuil, *loc. cit.*, p. 336.)

3. Il était une classe du peuple romain qui portait un nom singulièrement suggestif : les *Proletarii*. « Nam et asperis Reipublicæ temporibus cum juventutis inopia esset, in militiam tumultuariam legebantur... et... a munere officioque prolis edendæ appellati sunt, quod cum re familiari parva minus possent rempublicam juvare, sobolis tamen gignendæ copia civitatem frequentarent. » (Gell., XVI, 10.)

θησαυρίζειν, ἀλλὰ οἱ γονεῖς τοῖς τέκνοις¹. L'individu est considéré comme une fin en soi, ce que les sociétés antiques n'avaient jamais compris; il devient un centre à son tour et un sujet de droit et ce fut lui qui, grâce à l'influence du christianisme, grâce surtout au souci du salut éternel, passa au premier plan dans les problèmes sociaux. Enfin l'affaiblissement singulier, que l'on remarque après Septime-Sévère dans le principe d'autorité en droit public², a été général et se retrouve en droit privé dans cette matière de l'organisation familiale où il jouait aux temps de la République un rôle si actif.

Sous l'influence de facteurs aussi divers et dont l'importance relative est parfois assez délicate à déterminer, une modification profonde se produisit dans la notion de paternité, et l'élément de puissance, qui était jusque-là prépondérant, s'estompe et s'obscurcit, le *pater* fait place au *genitor*; le droit se modèle sur les mœurs : à côté de ces moyens de procédure par lesquels le père pouvait réclamer l'enfant en puissance et le faire entrer sous ses lois et qui ont seuls été connus du droit ancien, le *præjudicium* et la *notio prætoris* se développent et s'ouvrent à toutes les contestations en matière de filiation. Le droit tend à se rapprocher plus étroitement du fait : le lien de filiation sera déclaré et ne restera établi juridiquement qu'autant qu'il paraîtra établi dans la réalité des choses; en un mot la notion de puissance a cédé la place à la notion de consanguinité.

Ce sont ces notions et ces concepts qui ont été conservés dans le droit canonique et auxquels les docteurs se sont généralement tenus, sauf quelques divergences assez rares.

1. II Cor. XII, 14. V. G. Fonsegrive *Mariage et Union libre*, p. 82.

2. V. les remarquables articles publiés par M. Guglielmo Ferrero sur « la Ruine de la civilisation antique » dans la *Revue des Deux-Mondes* des 15 sept. 1919, 15 février, 1^{er} juin 1920, 15 février 1921.

Nous exposerons brièvement l'état du droit canon ; aussi bien l'étude de M. Esmein sur le *Mariage en droit canonique* a-t-elle déjà déblayé le terrain¹.

Pour la filiation légitime la présomption de paternité est posée : ce sont les canonistes qui ont fait la fortune de la formule de Paul et qui la citent fréquemment en ces matières, mais en quelque sorte sous un autre aspect : ainsi Innocent IV écrit au § *constiterit s. vº filium* au titre de *Filiis presbyterorum* : « ille est filius quem legitime nuptie demonstrant ff. de in jus voc. quia semper² », et encore... « notorium præsumptionis est per quod præsumitur filius qui natus est de nuptiis ff. de in jus vo. quia³ ». Hostiensis dit à son tour un peu plus tard : ...« quia filius quis est quem nuptiæ demonstrant ff. de his qui sui juris sunt. filium⁴ ». Enfin Panormitanus commente le c. 4, X *qui filii* nº 8 : « Vult dicere (glossa) quod ex quo quis natus est de uxore alicujus, præsumitur filius istius, nam filiatio ex parte patris non potest probari. Ideo dicit lex quod nuptiæ demonstrant ». D'ailleurs on ne considère guère ici, pour que la présomption joue, que la naissance de l'enfant et non le temps de la conception : « Sic ergo tempus conceptionis spectandum est cum de commodo alicujus spectatur⁵ ».

1. Paris, 1891, v. t. I, p. 556, et t. II, p. 29-35.

2. Apparatus Dni Innocentii Papæ IVⁱ, in quinque libros Decretalium. Venise, 1481, folio 51.

3. Fol. 160.

4. *Aurea Summa*, Venise, 1605. I *De filiis presbyterorum*. « ...Si potest probare quod mater sua habebat virum legitimum, cum quo morabatur tempore conceptionis, probat se legitimum... et stabitur his conjecturis donec probetur contrarium. » v. aussi *ibid.*, IV, *qui filii*, § 8.

5. Glose sur c. 2, X *qui filii*, IV, 17, s. v. *Concepti*. Le *tempus lugendi* est réduit à 30 jours par le Concile de Paris de 829. c. 44. Paucapalea, commentant le c. 10, C. XXVII, qu. 2, cite la I *Cor.*, VII, 39, et il en conclut que le *tempus lugendi* est supprimé — mais la *nota* d'infamie subsiste encore et est abrogée par une décrétale d'Alexandre III qui se trouve au c. 3, X, IV, 21 — v. pour le nouveau droit canonique le *Codex juris canonici Pii X Pontificis Maximi jussu digestus Benedicti Papæ XV auctoritate promulgatus* can. 1114 et 1115. C'est encore la naissance ou la conception en mariage qui font le fils légitime. Un délai est désor-

Mais cette présomption est *juris tantum* et la preuve contraire est possible : en fait il faut prouver l'impossibilité des relations au moment de la conception¹; mais les Décrétales, ni les commentateurs n'exigent aucune preuve spéciale — et ils ne déterminent non plus aucun délai de gestation². Le mari pourra donc désavouer le fils; celui-ci en revanche pourra réclamer son état contre son père ou un parent : la possession d'état constituera une preuve remarquable de la filiation légitime; il suffira même d'un seul de ses éléments³; d'autre part la preuve par témoins pourra être administrée quand elle sera possible et on pourra l'invoquer même contre la possession d'état⁴, même contre les dires des père et mère⁵; en cela le droit canonique suit encore le droit romain, il se sépare profondément du droit français actuel où l'enfant non désavoué ne pourra demander à se voir attribuer une autre filiation.

Quant à la filiation naturelle, la distinction opérée par le droit romain impérial se retrouve chez les Décrétalistes : d'ailleurs elle ne se présente pas aussi simplement que chez Justinien. Raymond de Penafort et Hostiensis par exemple classent les enfants sous de multiples dénominations : *naturales et legitimi, naturales tantum, legitimi tantum, nec legitimi nec naturales*⁶. En fait on peut reprendre la division romaine entre les *filii ex concubinato* et les *spuriï, vulgo concepti* ou *nothi* parmi les *filii naturales*.

mais fixé pour déterminer le temps de la conception : il est de 6 mois au moins et de 10 au plus (can. 1115, 2). La présomption de paternité est formulée nettement : *Pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant* — elle est toujours *juris tantum* (can. 1115, § 1).

1. *Panorm.*, c. 4 et 10, *X qui filii*; c. 14, *X De purg. can.*, v. 34.

2. Cf. Yves de Chartres. *Ep. ccv*. L'adultère de la femme ne suffirait pas à faire tomber la présomption.

3. *Panorm.*, c. 7, *X qui filii*, — Hostiensis, *Summa* I de *filiiis presb* «... probatur filius ex affectu », et IV *qui filii*, § 8.

4. « *Nisi contra probetur*, » dit Hostiensis IV, *qui filii*, § 8. Il ajoute : « *Grande ergo præjudicium facit pro filio professio patris* ».

5. C. 3 et 12, *X qui filii* et c. 10, *X de probat* II, 19.

6. *Summa Si. Raymundi de Peniafort... de poenit et matrimonio*, Rome, 1603, liv. IV tit. *Qui filii sint leg.* § 2 v. Hostiensis *Summa* IV *qui filii*, § 2, v. déjà Bernardus Papiensis, *Summa Decretalium*, IV, 18.

Pour les *fili ex concubinato* la présomption de paternité va jouer comme pour la famille légitime : « Ille est filius, dit Innocent IV, quem legitime nuptie demonstrant... vel legitimus concubinitus, in aut. qui mo. na. essi. lc. § si vero effusam¹ » — « Si vero constet quod cum sacerdote morabatur (mater), ejus filius præsumitur. j. Qui filii sint legitimi — causam q. l.² ». En plus la filiation naturelle *ex concubinato* se prouve aussi par les moyens admis pour la filiation des *vulgo concepti*. Ceux-ci ne bénéficient point en effet de la présomption de paternité, mais la paternité pourra être établie tant par la possession d'état que par la *confessio parentum* ou par témoins : « Naturales (filii probabuntur) tamen per testes et famam et recognitionem et affectionem. — Quid de spuria paternitate?... verum tamen et hoc probatur per famam et per affectionem et nominationem sive confessionem illius qui dicitur filius³ ».

Certes le droit canonique ne reconnaît aux *vulgo concepti* d'autres droits que ceux qui leur sont accordés par la législation de Justinien — sauf cependant, pour les enfants adultérins ou incestueux, la reconnaissance d'un droit aux aliments⁴ — mais il ne se refuse aucunement à voir établir le lien de paternité illégitime, surtout à cause des empêchements aux mariages résultant de la parenté et de la théorie de l'*affinitas ex copula illicita*⁵.

1. Cf. *supra*, p. 212, n° 2.

2. Hostiensis I *De fil. presb.* Il faut retenir qu'il pourra y avoir ici des applications fréquentes de la théorie du mariage putatif; les enfants issus d'un mariage nul non putatif, mais non incestueux, seront traités comme des *fili ex concubinato*.

3. Hostiensis IV. *Qui filii*, § 8, v. Innocent IV, *De filiis presbyt. Michael presbyter. Constiterit*, fol. 51, et *Per tuas litteras. firmavit*, fol. 218.

4. Hostiensis IV, *Qui filii*, § 6 : « ... Nati ex incestuoso coitu nequaquam secundum leges... sed secundum canones benignius agitur, quia volunt quod etiam tales secundum facultates utriusque parentis alantur ». V. Glose sur c. 6, X *Qui filii*, IV, 17.

5. « Imo plus dico si aliquem habuerunt ut filium, licet post dicant non filium, tamen filius reputatur in tantum quod contrahere cum consanguineis patris » (Innocent IV, fol. 51). La filiation sera alors très facilement présumée : « Imo sola affectione præsumitur filius, j. de præsumpt. afferte. sed non est sufficiens probatio » (*Ibid.*).

Quant à l'autorité de la chose jugée, Innocent IV¹ ébauche déjà une théorie où l'on voit apparaître le légitime contradicteur : « Nec debet quis admitti ad petendum se pronunciari legitimum nisi habeat contradictorem et justum et si admissus fuerit nulla est sententia. arg. ff. de col. de. non., sed si habet justum contradictorem, tunc admittetur ad probandum de sua legitimitate. arg. ff. de probatione. circa ». En principe, la grande règle est respectée : « Sententia inter aliquos lata, ignorantibus non præjudicat ». Le fragment de Julien, qui est au D. 25, 5, 2, n'est point passé inaperçu pour les Décrétalistes, mais quelques-uns veulent en écarter l'effet en matière de légitimité : « dicunt quidam et forte non male quod licet sententia filiationis faciat jus inter eos ff. de lib. agn. l. i. § ult. et l. sequent. non tamen idem est in causa legitimitatis quia hoc nusquam invenitur expressum ».

Si un même individu est déclaré une fois légitime, une fois illégitime, « utraque (sententia) valet inter eos inter quos lata est ». Si c'est entre les mêmes personnes que ces jugements contradictoires sont intervenus, le deuxième ne sera pas tenu pour valable. « Et dicimus generaliter quod sive quis petat se pronunciari legitimum sive alius petat eum pronunciari illegitimum quæcumque sententia feratur legitimitatis sive illegitimitatis et etiam si illegitimitatis sententia feratur præsentente eo qui pronunciatur illegitimus nec appellante tamen hujusmodi sententia non obest ei nisi contra illos qui fuerunt in judicio. Item fallit in causa filiationis ff. de lib. ag. l. 1 § Si et l. sqn ». — Ainsi donc le principe général de la relativité de la sentence est ici respecté. Le droit canonique, à travers son évolution, n'a pas admis, tant en matière de mariage que de filiation, d'autre règle générale².

1. *Op. cit.*, fol. 217, verso. *S. v. Causa que iter. agitari.*

2. V. d'ailleurs Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, c. XVIII, § 592. Et d'ailleurs « quelque sentence qui eût été rendue (quant à la validité du mariage)... à toute époque on pouvait obtenir de la juridiction ecclésiastique une sentence contraire, en démontrant que le juge avait été déçu et qu'il y avait eu erreur » (Esmein, *Mariage*, t. I, p. 416.) V. Glose qu. 6, C XXXV, v^o unde quæritur.

Si maintenant nous revenons sur la présomption de paternité, nous reconnaitrons que, pour les canonistes, elle ne découle point ontologiquement de l'obligation de fidélité des époux et du mariage en lui-même; aussi bien ils l'admettent hors de la famille légitime, hors du sacrement, dans les cas de concubinage. Hostiensis a bien une explication spéciale : pour lui « quicumque semen apposuerit, marito acquiritur, qui est dominus ventris¹... » « licet vir ponat semen pro majori parte vel magis operetur, tamen mater nutrit et in ventre vivificatur partus, unde fructus sequitur terram sive sit libera, sive sit serva et ejus domini fit. »² Cette théorie qui indique (soit dit en passant) une trace de l'idée aryenne de la prééminence du père dans la génération³, chez Henri de Séguse, cardinal-évêque d'Ostie — qui, surtout, part de la notion de puissance romaine — ne répond certainement pas aux réalités profondes du droit canonique, justement à cause de l'admission de la présomption dans les cas de concubinat. Il n'y a point ici, il n'y a plus de question de puissance, il s'agit simplement de résoudre une question de fait, et, pour la majorité des canonistes, la présomption repose, avec raison, sur le *plerumque fit*. En réalité, Décrétistes et Décrétalistes ont pris leur inspiration dans le droit romain de la basse époque, et, comme en cette législation, la présomption de paternité reconnue par les canons présente les mêmes causes efficiente et finale que nous avons déjà indiquées.

Ces matières de filiation légitime ou naturelle relevaient en principe de la compétence des cours d'Église, cependant : « Tout soit ce que l'Église ait la connaissance des loiaus mariages, pour ce ne demeure pas que ples n'en soit aucune fois en court laie pour les éritages qui sont tenu de fief lai desqueus li droit oir veulent debouter les bastars⁴. » Ainsi la question

1. *Summa* IV, *qui filii*, § 8.

2. *IV de natis ex lib. vent.*, § 2.

3. V. Fustel, *Cité antique*, p. 38. Cf. *supra*, p. 148, n° 6.

4. Ph. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, Paris 1899, c.XVIII, 578, v. XI, 353.

abstraite de filiation peut se poser et être tranchée incidemment dans un procès concret, une pétition d'hérédité par exemple; aussi bien Beaumanoir juge-t-il utile de dire un mot des *loiaus oir*. On nous permettra d'indiquer brièvement quelle est la doctrine des *Coutumes de Beauvaisis* qui diffère parfois du droit canonique et le complète sur quelques points¹.

« L'en doit savoir que tuit cil sont loiaus oir qui sont né et conceu en loial mariage ou qui sont conceu de loial mariage tout soit ce qu'il n'i soient pas né pour ce que le père muert ou tans que sa fame est grosse². » Ainsi donc la légitimité provient de la conception en mariage et, pour déterminer l'époque de la conception, Beaumanoir fixe un double délai : « mes si (la femme) porte (l'enfant) moins de .VII. mois le mariage durant et li enfes vit », celui-ci sera réputé conçu avant le mariage et donc bâtard, sauf cependant « si il est conceus de celi meisme qui espousa puis sa mère. » D'autre part « l'en doit savoir que tuit cil qui nissent après ce que mariages est dessevrés ou tans que .XXXIX. semaines et .I. jours sont passees puis la mort du mari, sont bastart; car fame ne puet porter son enfant plus de .XXXIX. semaines et .I. jour³ ». La gestation ne peut donc, d'après le bailli du Comte de Clermont, durer moins de 7 mois ni plus de 39 semaines et 1 jour, soit (en comptant le mois à 30 jours) moins de 210 et plus de 274 jours. Cette détermination doit-elle être invariablement acceptée par les plaideurs et par le juge? rien ne le dit formellement, mais la formule dogmatique « l'en doit savoir », et l'absence de toute hypothèse de preuve contraire pourraient le laisser supposer. On sait d'ailleurs que le droit coutumier ne fut jamais bien fixé sur la durée de la gestation, qu'il resta

1. En admettant même que cette œuvre profondément personnelle et non officielle ne nous présente pas toujours l'état exact de la jurisprudence coutumière, elle constitue cependant un monument de la plus haute valeur quant à l'évolution de l'esprit juridique au xiii^e siècle; à ce seul titre elle mériterait notre étude.

2. XVIII, 579.

3. 582.

dans une indétermination qui n'avait guère à envier quoi que ce fût au droit romain et au droit canonique et que la jurisprudence des parlements fut toujours hésitante¹. Le Sire de Beaumanoir représente une tendance, particulièrement intéressante à constater plus de cinq siècles avant le Code civil, vers une législation plus stricte en matière de filiation légitime : la Coutume de Beauvaisis ne formule d'ailleurs pas autrement la présomption de paternité; elle admet le désaveu fait par le mari, mais seulement, semble-t-il, en des cas limités qu'elle énumère : tout d'abord la séparation de corps : « ... se la fame a eu des enfans puis le dessevrement, il sont bastart. Ne pourquant ceste manière dessevrance n'est pas si fors que, s'il plect à l'homme et à la fame, qu'il ne se puissent remetre ensemble; et s'il s'i remetent et ils ont puis enfans, il sont de loial mariage et puent estre loiaus oir². » — Ensuite l'absence du mari : « ... se li maris est outre mer ou en autres terres estranges ou emprisonnés par si long tans que .X. mois ou plus soient passé et après les .XXXIX. semaines et .4. jour qu'il s'en parti, sa fame a enfans : en tel cas il pueent estre prouvé a bastart par l'aparance du fet³. » En fait c'est l'impossibilité physique de cohabitation qui doit être établie et même plus : il faut prouver que les époux ne se sont pas réunis et, en cas d'absence, il faut encore, au cas où toute possibilité de réunion ne serait pas écartée : « se li maris estoit en sa delivre poosté hors du pais ou sa fame est, pour son pourfit ou pour ce qu'il est banis ou pour guerre ou pour povreté », que des indices quelconques, témoignages ou commune renommée, laissent entendre que la femme avait des relations avec un autre homme que son mari⁴, « se... sa fame avait enfans et ne savrait-on de qui, ne par renommée ne par veue de converser autrui aveques li, en tel cas ne seraient pas li enfant prouvé a bastart par l'aparance du fet; car puet

1. Brissaud *op. cit.*, t. II, p. 1095, n° 7.

2. XVIII, 585.

3. XVIII, 590.

4. Peut-être fallait-il que cet homme fût nommément désigné.

estre que li barons i conversa en repost ou tans qu'elle conceut¹ ». L'adultère de la femme ne pourrait d'ailleurs constituer par lui-même une base suffisante au désaveu : « Tout soit il ainsi que commune renommée queure contre une fame qui est en mariage qu'elle est bien de plusieurs hommes charnellement — et soit encore que l'en le sache par ce que l'en les a veus converser ensemble ou par présompceions... et la fame ait enfans ou tans qu'elle mene tele vie, mes toutes voies ses barons aucune fois repaire entour li, li enfans en ce cas ne sont pas tenu pour bastart, car puet estre qu'il sont du mari et puet estre que non sont. Et en toutes choses la ou il a doute ... l'en se doit tenir au meilleur coron et a la meilleur partie dusques a tant que li contraires est prouvé...² » Enfin le mari pourra rejeter l'enfant de la famille s'il prouve son impuissance « ... se le maris est teus qu'il ne puist engendrer enfans parce qu'il n'a pas ce que nature li doit donner pour engendrer enfans... sont li enfans prouvé pour bastart pour l'aparence du fet³. » Ainsi donc il y aurait deux cas où le désaveu serait péremptoire : quand le mari est retenu « en terres estranges » hors de sa volonté et quand il est impuissant : les enfans sont alors bâtards « par l'aparence du fet ». Mais en tous autres cas il restera à établir que la cohabitation des époux ne s'est pas réalisée, et même le seul fait que la voix publique ne rapporte aucun écho de la mauvaise conduite de la femme suffit à créer une fin de non-recevoir au désaveu ; le mari devra encore prouver qu'il n'a eu aucune relation avec sa femme pendant la période conceptionnelle, preuve souvent difficile d'un fait indéterminé.

Beaumanoir n'envisage que les actions dirigées contre l'enfant, tant par le prétendu père que par ses parents⁴ : les mêmes motifs pourront, semble-t-il, être invoqués par tous ceux qui ont intérêt à faire prononcer l'illégitimité de l'enfant.

1. XVIII, 590 ; v. aussi XVIII, 583.

2. XVIII, 591.

3. XVIII, 591.

4. V. ci-dessus, p. 216, n° 4.

Il nous paraît d'ailleurs que celui-ci pourrait dans une action en réclamation d'état — le plus souvent la question sera posée incidemment dans un procès d'hérédité — revendiquer sa qualité de légitime en arguant du mariage de sa mère avec celui qu'il désigne pour son père, au moment de sa conception. La présomption de paternité jouera normalement à son profit, sauf les fins de non-recevoir déjà exposées. En réalité pour Beaumanoir, comme pour les canonistes, comme pour le droit romain impérial, l'enfant est devenu une charge dans la famille et la paternité un devoir; la présomption de paternité aura le rôle que nous avons déjà décrit : elle imposera l'enfant au père. Malheureusement rien n'est dit dans les *Coutumes de Beauvaisis* sur les actions que peut avoir l'enfant contre la présomption de paternité et tendant à lui faire attribuer un autre état que celui qui paraît normalement le sien d'après l'application de ce principe juridique. Rien n'est dit non plus des *filii ex concubinato* et nous ne savons pas si la présomption jouait aussi en leur faveur; il est vrai que le droit coutumier privait tous bâtards de droits héréditaires; la *Coutume de Beauvaisis* ne reconnaît aux parents que le droit de leur léguer ce qu'ils pourraient donner aux étrangers, « c'est à savoir de leurs meubles ou de leurs conquès ou le quint de l'eritage¹ ». Cependant les bâtards ont droit aux aliments²; mais on sait que la recherche de la paternité naturelle est d'autant plus facilement admise qu'elle porte moins d'effets; on connaît la règle célèbre *Creditur virgini se prægnantem asserenti* : on sait que son effet a été de faire condamner provisoirement le prétendu père à fournir des aliments à son enfant; en fait, la preuve de la filiation naturelle reste aussi peu déterminée en droit coutumier qu'elle l'est en droit canonique ou en droit romain; la mère, qui était obligée depuis un édit de 1556 à déclarer sa grossesse, pouvait, en désignant le père sous serment, obtenir de celui-ci une pension alimentaire; ensuite et

1. XVIII, 596-597.

2. « Qui fait l'enfant le doit nourrir »; v. Brissaud, t. II, p. 1114.

au fond, la mère devait prouver par titres et témoins que le prétendu père avait eu des relations avec elle. Le défendeur pouvait invoquer une fin de non-recevoir : les relations notoires de la mère avec d'autres hommes que lui au moment de la conception¹.

En principe, l'autorité de la chose jugée est très relative en Cour d'Église; le procès peut même être recommencé au cas où une fraude serait découverte : « Toutes les fois que Cours se sent deceue et par la decevance, ele fet ou juge aucune chose et après la sentence, ele s'aperçoit qu'ele fut deceue, ele puet bien rappeler son jugié². » Au contraire « en la court laie convient-il tenir ce qui est jugié puisque la sentence est passée sans appel, se ainsi n'est que si grans fraude ou si grans baras i soit trouvés et que li sires, de son office, face rapeler les parties par devant li et rapeaut ce qui fut fet par barat; car ce apartient bien a office de loial court soit de Chrestienté ou de Court laie. »

En principe, les questions de filiation relevant de la Cour d'Église, la Cour laie devra s'en tenir à la sentence du juge ecclésiastique, si la filiation est discutée incidemment devant elle : « ... ne cil de qui Sainte Église témoigne qu'il est loiaus et de loial mariage ne puet pas ne ne doit estre déboutés comme bastars en court laie³. »

Les lignes générales de l'ancien droit français étaient déjà dessinées au ^{xiii}^e siècle : jamais il n'y eut de détermination plus précise des causes de désaveu; l'influence romaine et surtout canonique fut assez considérable en ce point; même

1. V. Viollet, *Histoire de Droit Civil Français*, 3, 1905, p. 510, et P. Baret, *Histoire et Critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger*, Paris, 1872. — Brissaud, t. II., p. 1122-1124.

2. Beaumanoir, XVIII, 592 — v. 587.

3. XI, 333. Alexandre III au chap. *Lator... causam (X qui fili)*; « quant à l'occasion d'une succession, il naît une question pour savoir si les enfants sont légitimes? On renvoie la question de la qualité de l'enfant devant le juge d'Église ». (Durand de Maillane, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale* Paris 1761, s. v° Légitimation.)

lorsque les Parlements arrivèrent à s'attribuer compétence et à juger sur le mariage et ses effets, c'est-à-dire dès le début du xvii^e siècle, ils s'inspirèrent des mêmes principes; cependant leur jurisprudence devient sévère et rigoureuse¹. Si d'ailleurs on parcourt quelques juriconsultes du xviii^e siècle, on pourra noter la même tendance à une réglementation plus stricte en ces matières. Si nous interrogeons notamment d'Espeisses², un romaniste, et Cl. de Ferrière³, professeur de droit à Paris, nous saisisons cet effort vers de plus précises règles de droit sur ce sujet délicat.

Pour d'Espeisses et pour Ferrière le délai de gestation est au moins de 7 mois commencés « de deux jours seulement⁴ » (en fait 182 jours); il est au plus de 10 mois; si l'enfant naît dans « l'onzième mois après le décès du mari », il est bâtard. « Il faut que le posthume naisse dans le temps qui le fasse présumer être du (mari) défunt; ce qui n'est guère probable lorsqu'il vient au monde dix mois après que le mari de sa mère est décédé. » Mais la doctrine n'a pas toujours été et n'était point encore unanime sur ce point, aussi d'Espeisses cite-t-il Mynfing, *Cent. 6 observat.* 40 et Cujas *ad lib. 4 Sent. Pauli tit. 9 § 5* et *ad Nor. 39* pour qui l'enfant né au début du onzième mois était légitime. La jurisprudence n'était pas non plus définitivement fixée en ce sens et Ferrière rapporte deux arrêts des 2 août 1649 et 6 septembre 1655 admettant à la succession comme légitimes des enfants nés dans le onzième mois et « même par delà depuis la mort du père⁵ ».

Quant à la présomption de paternité en elle-même, les deux juriconsultes la posent avec quelque sévérité. Ni l'adultère de la femme⁶, ni l'inconduite notoire, la débauche de celle-ci⁷, ni

1. V. Brissaud, t. II, p. 1094, n° 1.

2. *Œuvres*, Lyon 1706, II, p. 237 et s.

3. *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, éd. 1769.

4. D'Espeisses *l. c.* p. 225 et p. 237; Ferrières v°. Naissance. — Nous reviendrons sur ce point dans un instant.

5. Un arrêt du Parlement de Paris du 22 août 1626 rapporté par d'Espeisses déclare bâtard un enfant né après le 11^e mois depuis le décès du mari.

6. Arrêt du 20 Mars 1660.

7. Arrêt du Parlement de Paris du 17 déc. 1558.

les déclarations mêmes de la mère affirmant que l'enfant qu'elle met au monde n'est pas des œuvres de son mari¹ ne pourront permettre au mari de désavouer l'enfant et faire attribuer à celui-ci la qualification de bâtard. Pour d'Espeisses il n'y a en fait, semble-t-il, que trois causes de désaveu ou de contestation de légitimité (ces actions ne se distinguaient pas) : tout d'abord l'absence du mari et en second lieu son impuissance ; en réalité il faudra établir l'impossibilité physique de cohabitation. En troisième lieu, si l'enfant est « né avant le 7^e mois après la célébration des noces, cet indice joint au dire des mariés fait estimer l'enfant bâtard² » ; il faudra ici la déclaration concordante des père et mère et l'avance anormale de la naissance ; il semble, d'après les termes mêmes de d'Espeisses, que le désaveu soit alors péremptoire³. Pour Ferrière, il ne saurait y avoir qu'une seule cause qui puisse faire déclarer bâtard un enfant né pendant le mariage : l'impossibilité physique de cohabitation : « pour maintenir l'état des enfants nés *ex nuptiis*, il suffit... d'alléguer la possibilité des approches du mari et de la femme⁴ ». « En quelque tems que soit né un enfant pendant le mariage de ses père et mère, il est toujours présumé être le fils du mari de celle qui l'a mis au monde ; ce qui est si vrai qu'on ne reçoit point la preuve contraire si la femme cohabite avec un mari qui ne soit pas impuissant, ... les enfans sont alors tellement présumés légitimes que quelques efforts qu'on fasse pour détruire toute la vérité de leur état, ils ne peuvent produire aucun effet, de sorte que ni la preuve par témoins, ni le désaveu d'un père, ni celui de la mère, ni la conjuration des héritiers collatéraux ne sauraient rompre ce lien sacré⁵ » de filiation. Lorsque l'enfant naît pendant le mariage en des cir-

1. Arrêt de Bordeaux 1596. — de Toulouse sept. 1617. — Arrêt de Paris du 16 janvier 1664.

2. Arrêt de Grenoble 1605.

3. Peut-être faut-il voir là en germe notre Art. 314 C. Civil.

4. Cf. Beaumanoir sur l'absence.

5. Ferrière, v^o. Légitime.

constances telles qu'il ne peut avoir été conçu avant et que, d'autre part, il n'y a point eu d'impossibilité physique à la cohabitation de ses père et mère, il est légitime « de sorte que le mari est obligé de le reconnaître pour son fils et ne peut être admis à prouver le contraire. *Inest ejus natiuitati præsumptio juris et de jure contra quam non admittitur probatio*¹. » Et même si l'enfant naît avant le 7^e mois de mariage, c'est-à-dire si la conception remonte avant les noces, la présomption de paternité jouera encore, mais, dans ce cas, cette présomption n'est pas *juris et de jure*, ce n'est qu'une présomption *juris contra quam admittitur probatio*; « il faut néanmoins des preuves bien fortes » pour l'écarter; mais cette dernière affirmation nous semble être l'avis personnel de Ferrière² et peut-être vaut-il mieux s'en tenir à la théorie de D'Espeisses³.

Les juristes de pays de coutume sont donc peut-être plus stricts sur ces questions que les romanistes, mais en somme, dès le début du xvm^e siècle, on saisit déjà nettement affirmé le courant d'idées qui va plus tard se cristalliser dans le Code civil⁴.

Celui-ci en effet veut défendre et protéger la famille : il ne rend pas au père les pouvoirs arbitraires que lui reconnaissait le droit romain primitif; au contraire, il va poser la présomption de l'art. 512 et prescrire, pour renverser celle-ci,

1. Ferrière, *op. cit.* v^o Naissance.

2. Ferrière, cite en sens opposé à son opinion du Nod *Traité des Prescriptions*, p. 219.

3. Ferrière, v^{is} question d'Etat : « Une question d'état décidée par un jugement solennel et souverain ne peut plus être discutée. »

4. Mentionnons au passage les décrets du 4 Juin 1793 et du 2 Nov. 1793 (12 brumaire, an II) qui assimilent le fils naturel au fils légitime quant aux droits successoraux envers les père et mère. Le décret du 12 brumaire admettait le fils naturel à prouver, non directement sa filiation, mais sa possession d'état par des moyens déterminés. Il faut voir dans ces lois l'influence des théories de Rousseau.

une procédure qui devra être menée rapidement et commencer en des délais préfix; de plus, il n'ouvrira cette action qu'au mari ou à ses héritiers¹; c'est qu'ici il s'agit d'établir que la femme n'a pas rempli son obligation première, qu'elle n'a pas satisfait à son devoir essentiel — de capitale importance quant à la composition de la famille : celui de fidélité; il s'agit pour le mari de rétracter l'aveu anticipé qu'il a fait par le mariage, des enfants de la femme. Qu'il en fût bien ainsi dans l'esprit des rédacteurs du Code, l'art. 540 concourt à le prouver : une cohabitation prolongée, un concubinage notoire ne pouvait en aucune manière fonder une présomption de paternité à l'encontre du concubin; mais ici ne voyons-nous point réapparaître la vieille idée sémitique et aryenne exigeant, pour que l'enfant fût rattaché au père, une intention dirigée de celui-ci dans la procréation? Et tandis que l'enfant naturel est rejeté de la famille, tant que le père n'aura pas voulu le reconnaître, l'enfant légitime se voit interdire toute possibilité de réclamer un autre état contre la volonté de son père légal : si en effet le mari de la mère ne veut point désavouer un enfant qui n'est point de lui, rien ne pourra briser le lien de filiation établi par la présomption de l'art. 512; vainement l'enfant demandera-t-il à prouver qu'un autre est son père, sa demande ne saurait être admise. La règle *pater is est* a donc repris en droit français le rôle qu'elle remplissait dans l'ancien droit romain : elle protège l'autorité paternelle. C'est cette même idée romaine qui se retrouve dans l'art. 540². Ainsi donc seul un individu se prétendant conçu en légitime mariage par la femme des œuvres du mari, c'est-à-dire réclamant sa qualité d'enfant légitime, pourra être admis à faire valoir ses prétentions : la brèche ouverte par les prudents du n^e siècle

1. Le mari est, sa vie durant, le seul maître de l'action — qui ne passera à ses héritiers que s'il est mort se trouvant encore dans les délais impartis par la loi pour l'intenter.

2. Le seul cas de recherche de paternité naturelle admis par le Code civil a l'incontestable caractère d'une disposition pénale; il n'est peut-être qu'un résidu historique de la célèbre théorie du rapt; en tout cas le Code civil était singulièrement incomplet puisque intentionnellement il ne visait pas l'hypothèse du viol.

dans la réglementation romaine, et que le droit canonique n'avait point voulu refermer, a été obstruée en partie : l'accès dans la famille est étroitement surveillé, la sortie contre le gré du *pater* en est interdite. Cependant comme dans la réalité des faits l'enfant est encore une lourde charge, la présomption va jouer un autre rôle : elle va imposer l'enfant au père, mais seulement quand la procréation légitime sera établie, quand le fondement même de la famille, le mariage, reconnaissance anticipée faite par le mari des enfants de la femme, aura existé. C'est en effet l'idée qui nous semble, après M. Colin¹, avoir animé le législateur de 1804 : l'obligation pour le mari de reconnaître et d'accepter l'enfant dans la famille ne repose pas sur une notion contractuelle, notamment sur l'obligation de fidélité de la femme, puisque l'adultère de celle-ci n'est pas par lui-même une cause de désaveu, mais sur l'*aveu* que le mari, par le mariage, a fait déjà des enfants à naître²; comme en droit romain, le mariage est destiné à extérioriser la volonté du futur *pater uxorem ducendi liberum quærendum causa* et de *suscipere* les enfants à venir : de là, le double système des art. 342 et 340; dans l'hypothèse prévue par ce dernier texte, en effet, la démonstration de volonté nécessaire pour que l'enfant se rattachât à son père n'existait pas; seule intervient ici la théorie générale de la responsabilité délictuelle tempérée d'ailleurs par des considérations de fait sur la difficulté de la preuve de la paternité; c'est ce qui explique à la fois l'art. 340 et l'exception qu'il prévoyait; le père pourra reconnaître l'enfant, mais par l'effet de sa libre volonté et non comme conséquence d'une acceptation déjà formulée par le mariage : le principe de l'autonomie de la volonté triomphe ici sous sa forme la plus individualiste; l'enfant naturel ne prendra place dans la famille qu'après avoir été reconnu; tout droit héréditaire propre lui a été

1. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 283. Y voir la démonstration apportée aux propositions que nous indiquons au texte.

2. Le désaveu est purement et simplement la rétractation d'un acte de volonté unilatéral (voir là-dessus Colin, *loc. cit.*, p. 287-289).

enlevé et quoique le Code lui ait attribué la qualité de successeur irrégulier et l'ait admis à la succession pour une part importante, le droit français a rétrogradé sur le droit romain impérial, car l'enfant ne participera à l'héritage que si le père a bien voulu l'y admettre par une disposition expresse de volonté : la reconnaissance.

Mais le régime du Code Civil s'est vu peu à peu sérieusement attaqué : c'est surtout à la fin du xix^e siècle que le mouvement s'est développé sous l'influence d'idées libérales et de théories parfois anarchiques sur la société¹ : tandis que la loi du 25 mars 1896 admettait l'enfant naturel parmi les héritiers, une jurisprudence singulière se dessinait et tendait à tourner les prescriptions de l'art. 540 par une interprétation et une application plus ou moins habiles des art. 1582 ou 1548. Enfin se produisit la révolution que les nécessités sociales semblaient réclamer vivement ; les mœurs et les faits informèrent le droit : la loi du 16 novembre 1912 fut promulguée. Le nombre considérable des enfants naturels, la difficulté de la vie et la rigidité des conditions économiques de l'existence, la considération, la pitié pour ces enfants punis d'une faute que d'autres avaient commise, le développement plus grand des idées et des œuvres d'assistance, particulièrement de l'assistance à la maternité ont fait admettre le principe de la recherche judiciaire de la paternité naturelle. Peut-être aussi faut-il compter parmi les facteurs importants de la réforme ce mouvement d'esprit qui fut marqué à la fin du xix^e siècle par une défiance et une répulsion nettes pour l'organisation et les doctrines de l'Église Catholique, notamment par un essai d'affranchissement de ce qu'on crut être les règles étroites d'une morale dogmatique, mouvement singulièrement aveugle — au moins en ce point — puisqu'il ne fit que retourner

1. Il faut noter le synchronisme existant entre les lois de 1896 et 1912 d'une part et d'autre part les lois de 1884 et 1886 sur le Divorce, les propositions de lois assez curieuses sur l'extension du divorce qui ont suivi — quant aux théories sociales, l'influence du romantisme sur leur développement semble nette ; cf. les opinions affichées par George Sand, notamment dans *Lélio*.

aux théories et aux solutions sociales dès longtemps admises du droit canonique. Enfin, il nous semblerait que la cause profonde de la réforme serait peut-être cette tendance, dont un organisme vivant et complexe est toujours animé à un degré quelconque, à assimiler les organismes différenciés et même opposés qui commencent à se développer en face de lui : « Le mariage fonde la famille (et en même temps) en dérive, dit Dürkheim. Donc toute union sexuelle qui ne se contracte pas dans la forme matrimoniale est perturbatrice du devoir, du lien domestique, et... elle trouble l'ordre public... il n'y a pas de société morale dont les membres n'aient les uns envers les autres des obligations et, quand ces obligations ont une certaine importance, elles prennent un caractère juridique. L'union libre est une société conjugale où ces obligations n'existent pas¹. C'est donc une société immorale... aussi (dans la mesure où le législateur et la morale s'occupent de ce problème) la tendance est-elle non de faire de tout mariage une union libre, mais de faire de toute union, même libre, un mariage, au moins inférieur². »

Si nous analysons le nouvel art. 340, nous verrons que la paternité sera établie quand le demandeur pourra invoquer l'aveu tacite du prétendu père³, mais nous y trouverons, ce qui nous intéresse bien plus, une véritable présomption de paternité : le § 4 décide en effet que la paternité pourra être judiciairement déclarée « dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception. » Nous voici donc bien loin du Code Civil : la présomption de paternité ne résulte plus du mariage mais du seul fait d'une cohabitation prolongée, d'un concubinage. Certes le juge pourra ne pas déclarer la paternité, alors qu'en matière de filiation légitime il devrait le

1. Dürkheim professa cette leçon à Bordeaux en 1892.

2. E. Durkheim, *La famille conjugale*, publié par M. Mauss dans la *Revue philosophique*, n^{os} 1-2 janv.-fév. 1921, p. 14.

3. Hors le cas où le prétendu père verra engager sa responsabilité délictuelle ; voir les §§ 1 et 2 qui visent le rapt de violence et le rapt de séduction.

faire, hormis les cas prévus par la loi; mais cette distinction aura-t-elle une répercussion très nette dans les faits? Il faudra logiquement au juge, pour écarter la présomption en matière de filiation naturelle, pour motiver sa décision, des preuves qui ne différeront peut-être pas beaucoup de celles qui seront nécessaires pour la filiation légitime; la grande difficulté résidera le plus souvent dans la preuve du concubinage, mais, celle-ci acquise, le § 4 de l'art. 540 jouera de manière analogue à l'art. 512; il est d'ailleurs curieux de constater que la loi Rivet édictant une fin de non-recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle a emprunté, textuellement à l'art. 512 la désignation de la plus importante des causes qui devront faire écarter la présomption de paternité : « Si le père... était..., soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père de l'enfant. » C'est en réalité d'ailleurs la seule considération vraiment efficace qui pourra ici empêcher le jeu de la présomption : l'impossibilité morale de cohabitation ne pourra guère être invoquée et le seul fait du concubinage suffirait à faire rejeter cette hypothèse. Ainsi donc on en est revenu en droit français, après d'assez longs détours, au système de Justinien et des Canonistes médiévaux qui ont formé un droit d'abord rude et abrupt, mais si vivant et si préoccupé des réalités sociales. Et, phénomène notable, il semblerait que la réforme du droit français, quant au statut des enfants naturels, se soit accomplie sous des influences analogues à celles qui produisirent dans la Rome du Second Siècle la révolution profonde que nous avons notée quant à la filiation légitime.

D'autres législations, non contentes d'ouvrir à l'enfant l'action en recherche de paternité, ont voulu lui assurer en tout cas sinon un père, du moins plusieurs débiteurs qui lui versent conjointement une pension alimentaire. En France, la loi Rivet a admis qu'au cas d'inconduite notoire de la concubine à l'époque de la conception la paternité ne pourrait être déclarée : en effet, la loi française fait de l'enfant naturel un

héritier et l'admet dans la famille; il était donc logique, le père ne pouvant être déterminé par la constance et l'exclusivité des relations de la mère avec lui, de ne pas laisser jouer une présomption qui aurait pu désigner plusieurs pères à la fois. Cependant une loi Danoise de 1912 et le Code de la République des Soviets § 144 ne se laissent pas arrêter par de semblables considérations. Comme ils ne concèdent à l'enfant qu'un droit aux aliments¹, leurs décisions n'aboutissent pas aux conséquences monstrueuses qu'elles sembleraient comporter². Il y a en fait là une théorie du risque de paternité : les individus ayant des relations avec une femme publique courent, dit-on, les risques inhérents à l'acte qu'ils posent; dès lors, s'ils sont plusieurs et qu'on ne puisse déterminer lequel d'entre eux est le père de l'enfant venu bien malencontreusement au monde, on les condamnera tous *in solidum* à subvenir aux besoins de cet enfant; il ne s'agit point de savoir quel est le père véritable, la question ne se pose pas plus que celle de la faute dans les accidents du travail : c'est l'application pure et simple de la théorie du risque professionnel. Nous ne critiquerons pas cette argumentation; les systèmes danois et russe peuvent s'expliquer et, dans une certaine mesure, se légitimer par l'idée de l'assistance à l'enfant; mais nous y voyons malgré tout, d'une part, une tendance regrettable à l'industrialisation d'une profession dont l'honorabilité est douteuse et l'utilité sociale contestable, d'autre part, la disparition certaine de la notion de paternité et des charges morales qu'elle comporte; la pluralité de ses pères empêchera presque certainement l'enfant de s'attacher à l'un d'eux et aggravera peut-être par un exemple aussi funeste la décadence morale qu'on a voulu enrayer³.

1. Il faut noter que le *Code des Soviets* réglemente de manière toute spéciale l'obligation alimentaire entre parents (civils ou naturels).

2. Les lois d'Uri et de Bâle-Campagne avaient décidé que, si plusieurs hommes avaient eu des relations avec une fille-mère, tous pourraient être condamnés à payer à celle-ci une indemnité — le *Code civil Suisse* (Art. 315) n'a pas consacré cette solution.

3. Le *Code des Soviets* est cependant logique avec lui-même, puisqu'il

Ainsi donc, à considérer les choses de haut, la présomption de paternité apparaît comme bien différente d'un mode de preuve ordinaire; sans doute, elle repose sur la constatation du *plerumque fit*, et cela dans toutes les civilisations, sans doute elle a profité de la réglementation plus précise que les législations modernes ont apportée dans le régime des preuves, si souvent peu défini et chaotique dans les droits anciens; mais, en fait, elle est comme le baromètre des variations familiales, elle indique suivant sa rédaction, suivant la fréquence avec laquelle on l'invoque, une famille patriarcale centralisée dans une société le plus souvent agricole, une famille moderne dans une société en voie de transformation et évoluant vers l'état industriel. Elle marque, par la manière dont quelques législations anciennes la formulent et la motivent, que le père a intérêt à revendiquer ses enfants, ou, par la réglementation qui l'entoure en droit moderne, qu'il faut imposer les enfants au père et que la société doit tenir la main à ce qu'il les nourrisse; elle décèle par là un état social et économique déterminé. Elle est en effet dans un étroit rapport avec les passions les plus violentes de l'homme : sa cupidité et son amour; elle est en quelque sorte le clair miroir où se réfléchissent les plus intimes réactions d'une individualité et d'une époque. C'est pourquoi, chaque fois que la notion de mariage se modifie, chaque fois que les conditions économiques générales se transforment, elle prend un nouvel aspect selon les diverses actions de ces causes.

Aussi bien l'étude que nous en avons entreprise chez les Hébreux et dans l'ancienne Rome peut-elle nous conduire, elle aussi, à cette conclusion : quelle que soit l'étendue des siècles qui nous séparent de ces civilisations antiques, quelles que soient les différences profondes qui distinguent notre culture intellectuelle, notre organisation économique et sociale de leurs classes, de leurs cadres politiques ou de leurs acadé-

n'opère aucune distinction entre la famille civile et la famille naturelle et qu'il espère avec Kautsky remplacer un jour « les soins paternels par les soins communs ».

mies, peut-être ces hommes ne sont-ils point si loin de nous : nous les sentons en effet se mouvoir à tout instant au fond de nos âmes, car nous sommes tourmentés des mêmes passions et nourris des mêmes espérances.

Montpellier, le 9 mai 1921

VU et APPROUVÉ :

Le président de Thèse,

G. MORIN.

Montpellier, le 10 mai 1921

VU :

Le doyen,

JULES VALÉRY.

Montpellier, le 11 mai 1921

VU et PERMIS D'IMPRIMER :

Le recteur,

J. COULET,

86589. — PARIS, IMPRIMERIE LAHURE
9, rue de Fleurus, 9
